Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bobbio, Norberto, 1909 —
O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. — São Paulo: Ícone, 1995.

ISBN 85-274-0328-5

1. Direito 2. Direito — Filosofia 3. Positivismo I. Morra, Nello, II. Título.

95-0422 CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Positivismo jurídico: Direito: Filosofia 340.12

NORBERTO BOBBIO

O POSITIVISMO JURÍDICO

LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO

compiladas pelo Dr. NELLO MORRA

Tradução e notas

Márcio Pugliesi, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Edson Bini, da Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo.

Carlos E. Rodrigues, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Ícone
editora

Coleção Elementos de Direito

Coordenação Técnica
Carlos E. Rodrigues
Márcio Pugliesi

Produção e Capa
Anízio de Oliveira

Diagramação
Rosicler Freitas Teodoro

Revisão
Rosa Maria Cury Cardoso

ÍNDICE

PREFÁCIO À NOVA EDIÇÃO

Estas lições sobre o positivismo jurídico, publicadas primeiramente sob forma de fascículos pela Cooperativa Libraria Universitaria Torinese, há muito tempo esgotados, foram desenvolvidas por mim no ano acadêmico de 1960-1961. Sua publicação foi possível pela diligência e pela perícia com que foram compiladas pelo doutor Nello Morra a quem, apesar de tantos anos passados, expresso a mais viva gratidão.

Foram concebidas como comentário histórico e como síntese teórica de dois cursos precedentes sobre a *Teoria da norma jurídica** e sobre a *Teoria do ordenamento jurídico***, desenvolvidos respectivamente nos anos acadêmicos de 1957-1958 e 1959-1960, publicados pelo editor Giappichelli e, diferentemente das presentes aulas, permanentemente reeditados. Seguiram-se a tais cursos alguns outros sobre direito natural, dos quais alguns traços podem ser lobrigados no volume de fascículos, *Locke e o direito natural,* editado pelo mesmo Giappichelli em 1963.

O problema da natureza e do significado histórico do positivismo jurídico estava na ordem do dia naqueles anos, particularmente depois do ensaio que H. L. A. Hart havia escrito em defesa do positivismo jurídico em sua polêmica com Lon L. Fuller, "Positivism and Separation of Law and Morals", na *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-630 (traduzido ao italiano na coletânea de escritos de Hart, *Contributi all' analisi del diritto,* sob coordenação de Vittorio Frosini, Milão, Giuffré, 1964, pp. 107-166). No mesmo ano foi editada a principal obra de Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres, Steve & Sons (tradução italiana por Giacomo Gavazzi, Einaudi, Turim, 1965). Em 1961, o ano da primeira edição destes fascículos, foi editada a obra principal de Hart, *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press (tradução italiana a cargo de Mario A. Cattaneo, também pela Einaudi, Turim, 1965***). No ano anterior havia sido editada a obra conclusiva de Hans Kelsen, a nova edição de *Reine Rechtslehre,* Viena, Franz Deuticke (tradução italiana a

* (N.T.) A ser publicado por esta editora.
** (N.T.) Ed. Polis/EDUSP.
*** (N.T.) Edição portuguesa em tradução de Armindo Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986.

cargo de Mario Losano, Einaudi, 1966****). No verão de 1960, Alessandro Passerin d'Entrèves e eu, com a colaboração de Renato Treves, convidamos os professores Hart e Ross com alguns de seus alunos e outros jovens estudiosos italianos para um seminário sobre o positivismo jurídico, com cerca de duas semanas de duração, na Villa Serbelloni di Bellagio, sob os auspícios da Rockefeller Foundation. Foi sobretudo deste seminário que obtive inspiração, e além da inspiração muito material, para desenvolver todo um curso sobre o assunto. A idéia que o embasa e justifica sua articulação foi exposta por mim em um artigo, "Sul positivismo giuridico", publicado na *Revista di Filosofia*, no primeiro fascículo de 1961 (pp. 14-34).

Em sua primeira edição este curso teve a honra de ser douta e intensamente apreciado, não sem algumas justas observações críticas, na *Revista trimestrale di diritto e procedura civile* (ano XV, 1961, pp. 1476-1480) por Guido Fassò, cujo precoce desaparecimento constituiu grave perda para o meio estudioso. Dedico esta reimpressão à sua cara memória.

É inútil dizer que o curso se ressente do tempo em que foi escrito e de um debate que não mais se desenvolve nos termos de então. Mas não o revisei, nem o atualizei. Apesar de toda água que passou sob as pontes do positivismo jurídico, os pilares centrais resistiram. A presente reimpressão reproduz exatamente a primeira edição, salvo algumas pequenas correções formais.

NORBERTO BOBBIO

**** (N.T.) Edição portuguesa por João Baptista Machado, Arménio Amado-Editor, Coimbra, 1979; há, ainda, edição brasileira publicada pela Freitas Bastos.

PARTE I

AS ORIGENS HISTÓRICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

INTRODUÇÃO

1. **Direito natural e direito positivo no pensamento clássico.**

O curso a ser ministrado este ano é dedicado ao *positivismo jurídico* e dividir-se-á em duas partes, a primeira dedicada a problemas históricos e a segunda a problemas teóricos.

A expressão "positivismo jurídico" não deriva daquela de "positivismo" em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico — tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão "positivismo jurídico" deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. Para com-preender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo*.

Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre "direito positivo" e "direito natural", distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão "direito positivo" é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais.

No latim da época romana, o uso do termo *positivus* em sentido análogo àquele a ser assumido na expressão "direito positivo" é encontrado em apenas um texto. Trata-se de uma passagem das *Notti Attiche* de Aulo Gellio, onde se diz:

> *Quod P. Nigidus argutissime docuit nomina non positiva esse, sed naturalia.*

Como se vê, nesta passagem a contraposição entre "positivo" e "natural" é feita relativamente à natureza não do direito mas da linguagem: esta traz a si o problema (que já encontramos nas disputas entre Sócrates e os sofistas) da distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*) e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (*thésis*). O problema que se põe pela linguagem, isto é, se algo é "natural" ou "convencional", põe-se analogamente também para o direito. A primeira

vez que se encontra no latim pós-clássico a expressão *positivus* referida ao direito é numa passagem do *Commento* de Calcidio ao *Timeu* de Platão* (esta obra de Calcidio, um neoplatônico ou comentador de Platão, foi durante um longo tempo — até o século XII — a única fonte do conhecimento medieval de Platão). Diz-se nele:

> *Ex quo adparet in hoc libro [isto é, no* Timeu*] principaliter id agi, contemplationem considerationemque institui non positivae, sed naturalis illius justitiae atque aequitatis, quae inscripta instituendis legibus describendisque formulis tribuit ex genuina moderatione substantiam.*

Aqui o termo "positivo"refere-se à justiça: a passagem pretende expressar precisamente que o *Timeu* trata da "justiça natural" (isto é, das leis naturais que regem o cosmos, e, portanto, a cosmologia, a criação e a constituição do universo) e não da "justiça positiva" (isto é, das leis reguladoras da vida social).

Como dissemos, a distinção conceitual entre direito natural e direito positivo já se encontra em Platão e em Aristóteles. Este último inicia deste modo o capítulo VII do livro V de sua *Ética a Nicômaco:*

> Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada. (Da tradução de A. Plebe, ed. Laterza, pp. 144-145.)**

Neste texto o direito positivo é chamado "direito legal" (*nomikón díkaion*) e o natural é dito *"physikón"*: observamos que é impróprio traduzir o termo *díkaion* pela palavra "direito" (ainda que o façamos assim por motivos práticos) uma vez que o grego *díkaion* (bem como o latino *jus*) tem um significado dual indicando ao mesmo tempo a idéia de "justiça" e de "direito". Dois são os critérios pelos quais Aristóteles distingue o direito natural e o positivo:

---

* (N.T.) Há edição brasileira do *Timeu*, tradução de Norberto de Paula Lima, *Timeu e Crítias*, Hemus Editora, São Paulo, s/data.

** (N.T.) A tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim a partir daquela inglesa de W.D. Rosá e publicada na coleção *Os Pensadores*, vol. 4, Abril S/A Cultural e Industrial, 1973, nos diz:

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida . . . (p. 331).

a) o direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantachoû*) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto;

b) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei. Aristóteles dá este exemplo: antes da existência de uma lei ritual é indiferente sacrificar a uma divindade um ovelha ou duas cabras; mas uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma ovelha, isto se torna obrigatório; é correto sacrificar uma ovelha e não duas cabras não porque esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme a uma lei que dispõe desta maneira.

Esta dicotomia também é encontrada no direito romano, onde é formulada como distinção entre "direito natural" (e é preciso notar que também o *jus gentium* é muitas vezes incluído neste) e *jus civile* (não em sentido estrito — contraposto ao *jus honorarium* — mas em sentido lato — contraposto ao *jus gentium* ou ao *jus naturale*). Assim, no início das *Instituições* se encontra a tríplice distinção entre *jus naturale, jus gentium* e *jus civile*. A primeira categoria (*jus naturale*) — definida como "quod natura omnia animalia docuit" — não nos interessa porque estamos examinando a categoria do *jus gentium* que corresponde ao conceito de direito natural, bem como o de *jus civile* corresponde ao nosso conceito de direito positivo. Formula-se a distinção entre *jus gentium* e *jus civile* nestes termos:

> *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit . . . Jus autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utentur; nam quod quisque* populus ipse *sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis: quod vero* naturalis ratio *inter omnes homines constituit, id apud omnes*

populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur (I, 1, 2, 1).*

O *jus gentium* e o *jus civile* correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (*naturalis ratio*) e o segundo às estatuições do *populus*. Das distinções ora apresentadas temos que são dois os critérios para distinguir o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*):

a) o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites;

b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalis ratio*.

Numa passagem posterior é introduzido um terceiro critério distintivo:

Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata (I, 1, 2, 11).**

Enquanto, pois, o direito natural permanece imutável no tempo, o positivo muda (assim como no espaço) também no tempo, uma norma pode ser anulada ou mudada seja por costume (*costume ab-rogativo*) seja por efeito de uma outra lei.

Uma outra definição célebre é encontrada num fragmento de Paulo e apresentada no *Digesto*:

Jus pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile (D. 1, 1, 11).

Dois são os critérios sobre os quais se baseia a distinção de Paulo entre direito natural e direito civil:

* (N.T.) "O direito natural é aquele que a natureza ensina a todos os animais . . . O direito civil e o direito das gentes devem ser distinguidos: todos os povos que são regidos por leis e pelos costumes têm um direito que lhes é próprio em parte e em parte comum a todos os homens. Com efeito, o direito que cada povo *estabelece para si mesmo* é o direito próprio à cidade: chama-se direito civil porque é o direito especial da cidade. Mas o direito que a *razão natural* estabeleceu entre os homens, que é igualmente observado entre todos os povos, chama-se direito das gentes, isto é, direito de todas as nações."

** (N.T.) "Os direitos naturais igualmente guardados entre todos os povos, constituídos por uma espécie de providência divina, permanecem sempre firmes e imutáveis. Os direitos que cada nação constituiu para si muitas vezes se mudam, ou pelo tácito consenso do povo, ou pela promulgação de outra lei."

a) o direito natural é universal e imutável (*semper*) enquanto o civil é particular (no tempo e no espaço);

b) o direito natural estabelece aquilo que é bom (*bonum et aequum*), enquanto o civil estabelece aquilo que é útil: o juízo correspondente ao primeiro funda-se num critério moral, ao passo que o relativo ao segundo baseia-se num critério econômico ou utilitário.

2. **Direito natural e direito positivo no pensamento medieval.**

De acordo com os resultados obtidos por Kuttner, em suas pesquisas, o primeiro uso da fórmula *jus positivum* se encontra num filósofo medieval, em fins do século XI, e precisamente, em Abelardo (segundo investigações anteriores de Kantarowicz, ao contrário, acreditava-se que o primeiro uso de tal termo adviesse de Damaso, no século XII; e é provável que pesquisas mais acuradas permitissem remontar tal uso ainda anteriormente a Abelardo). Este último autor assim escreve em seu *Dialogus inter philosophum, judaeum et christianum*:

Oportet autem in his quae ad justitiam pertinent, non solum naturalis, verum etiam positivae justitiae tramitem non excedere. Jus quippe aliud naturale, aliud positivum dicitur . . .

Depois de haver definido o direito natural, o nosso filósofo prossegue definindo o direito positivo:

Positivae autem justitiae illud est quod ab hominibus institutum, ad utilitatem scil. vel honestatem tutius muniendum, aut sola consuetudine aut scripti nititur auctoritate (*Patr. lat.*, 178, p. 1656).

Segundo Abelardo, então, o direito positivo "illud est quod ab hominibus institutum": isto é, a sua característica é a de ser posto pelos homens, em contraste com o direito natural que não é posto por esses,mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza (ou o próprio Deus).

Essa distinção entre direito natural e direito positivo se encontra em todos os escritores medievais: teólogos, filósofos, canonistas. Na *Summa theologica* (I, a II. ae, q. 90) de Santo Tomás, por exemplo, há uma extensíssima dissertação relativa aos diferentes tipos de lei. O autor distingue quatro, a saber: a "lex aeterna", a *lex naturalis*, a *lex humana* e a

"lex divina". Esquecendo-nos da primeira e da quarta destas categorias (a *lex aeterna* e a *lex divina*) que não nos interessam aqui, consideremos a *lex naturalis* e a *lex humana*: tais leis correspondem à distinção entre direito natural e direito positivo; em verdade, Santo Tomás não chama positiva a *lex humana* apenas porque também a *lex divina* é positiva.

A *lex naturalis* é definida pelo filósofo como:

Partecipatio legis aeternae in rationali creatura.

A *lex humana*, continua ele, deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, *per conclusionem* ou *per determinationem*.

a) tem-se derivação *per conclusionem* quando a lei positiva deriva daquela natural segundo um processo lógico necessário (como se fosse a conclusão de um silogismo): por exemplo, a norma positiva impeditiva do falso testemunho deduz-se da lei natural segundo a qual é preciso dizer a verdade;

b) tem-se a derivação *per determinationem* quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada: por exemplo, a lei natural estabelece que os delitos devem ser punidos, mas a determinação da medida e do modo da punição é feita pela lei humana. É essencialmente em relação a esta segunda categoria que Santo Tomás afirma ter a lei humana vigor apenas por força do legislador que a põe ("vigorem legis ex sola lege humana").

3. Direito natural e direito positivo no pensamento dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII.

A mais célebre distinção entre direito natural e direito positivo no pensamento moderno é devida a Grócio (considerado o pai do direito internacional) que em seu *De jure belli ac pacis* (1, 10) formula tal distinção em termos de *jus naturale* e *jus voluntarium*:

> O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria *natureza racional* do homem, e a mostrar que tal ato é, em conseqüência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.

E acrescenta:

> Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são *obrigatórios ou ilícitos por si mesmos.*

O direito civil é aquele derivado do *poder civil*, e designa por poder civil aquele que compete ao Estado, por Estado a associação perpétua de homens livres, reunidos em conjunto com o fito de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum.

Nesta última afirmação encontramos uma interessante indicação acerca da origem do direito positivo, podendo afirmar-se que este é posto pelo Estado. Observamos, porém, que segundo Grócio o Estado é apenas uma das três instituições que podem pôr o "direito voluntário"; as outras duas são, a primeira, inferior ao Estado, a família, que enseja o direito familiar ou paterno (também Aristóteles falava do "dispotikón díkaion", que se poderia traduzir como "direito patronal", enquanto direito posto pelo chefe da comunidade familiar); a outra instituição, superior ao Estado, é a comunidade internacional que põe o *jus gentium*, entendido não no sentido (que vimos anteriormente) de direito comum a todas as pessoas, mas no sentido de *jus inter gentes* (isto é, direito que regula as relações entre os povos ou os Estados).

Para dar um último exemplo da distinção entre direito natural e direito positivo, iremos escolhê-lo no limiar da época em que nasce o positivismo jurídico, isto é, aos fins do século XVIII, em Glück, que em seu *Commentario alle Pandette* (Milão, 1888, vol. 1, pp. 61-62) diz:

> O direito se distingue, segundo o modo pelo qual advém à nossa consciência, em *natural* e *positivo*. Chama-se direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos . . . Chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas.

Um outro critério distintivo parece surgir aqui, critério que não mais se refere à fonte, isto é, ao modo pelo qual um ou outro direito é

posto, mas ao modo pelo qual os destinatários vêm a conhecer as normas: o direito natural é aquele de que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador. Glück apresenta como exemplo de direito positivo o usucapião, porque não deriva da natureza das coisas mas é determinado pelo legislador, e, como exemplo de direito natural, o princípio "pacta sunt servanda" e o dever do comprador de pagar ao vendedor o preço avençado.

Pode-se, então, assinalar com toda evidência o limite entre direito natural e direito positivo dizendo: a esfera do direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori;* aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade de um legislador.

4. Critérios de distinção entre direito natural e direito positivo.

Tratemos, agora, de extrair das várias definições anteriormente examinadas um rol, tanto quanto possível completo, das características distintivas dos dois direitos.

Podemos destacar seis critérios de distinção:

a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. — 1ª definição);

b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. — 2ª definição —, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;

c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. — 1ª definição —, Grócio);

d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e

lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio);

f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.

CAPÍTULO I

OS PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS

5. Relações entre direito natural e direito positivo.

A partir do breve panorama histórico que apresentamos constata-se que até o final do século XVIII o direito foi definido individualizando-se duas espécies de direito, o natural e o positivo. Estas duas espécies de direito não são consideradas diferentes relativamente à sua qualidade ou qualificação: se uma diferença é indicada entre ambos refere-se apenas ao seu grau (ou gradação) no sentido de que uma espécie de direito é considerada superior à outra, isto é, são postas em planos diferentes.

O exame das diversas concepções sobre a diversidade de planos em que se colocam o direito natural e o positivo nos levaria muito longe. Limitando-nos a algumas indicações a respeito diremos que na época clássica o direito natural não era considerado superior ao positivo: de fato o direito natural era concebido como "direito comum" (*koinós nómos* conforme o designa Aristóteles) e o positivo como direito especial ou particular de uma dada *civitas*; assim, baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral ("lex specialis derogat generali"), o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos ocorresse um conflito (basta lembrar o caso da *Antígona,* em que o direito positivo — o decreto de Creonte — prevalece sobre o direito natural — o "direito não escrito" posto pelos próprios deuses, a quem a protagonista da tragédia apela).

Na Idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte; o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens. Esta concepção do direito natural encontra sua consagração oficial na definição que lhe é dada no *Decretum Gratiani*

(que é a primeira grande recensão de direito canônico, e que constituirá posteriormente a primeira parte do *Corpus juris canonici*).

Jus naturale est quod in Lege et in Evangelio continetur

(isto é, o direito natural é aquele contido na lei mosaica do Velho Testamento e no Evangelho). Desta concepção do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo. Esta superioridade é afirmada no próprio *Decretum Gratiani*, logo depois da passagem citada:

Dignitate vero jus naturale praeponitur legibus ac constitutionibus ac consuetudinibus.

Mas, como dissemos, esta distinção de grau não implicava uma diversidade de qualificação: direito natural e direito positivo eram ambos qualificados como direito na mesma acepção do termo.

Voltando ao assunto de nosso curso, o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando "direito positivo" e "direito natural" não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo "positivo" ao termo "direito" torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética,

o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.

6. O contexto histórico do positivismo jurídico. A posição do juiz quanto à formação do direito antes e depois do surgimento do Estado moderno

Entramos, assim, no tema de nosso curso: trata-se de estabelecer por que, como e quando ocorreu esta passagem da concepção jusnaturalista à positivista que dominou todo o século passado e que domina em grande parte até agora. A origem desta concepção é ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval.

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*.

A esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto não pelo Estado mas pela sociedade civil. E, contudo, originariamente e por um longo tempo o direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo através de um certo comportamento constante e uniforme acompanhado da assim chamada "opinio juris ac necessitatis".

O Estado primitivo em geral não se preocupa em produzir normas jurídicas mas deixa a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade, e eventualmente aquele que deve dirimir as controvérsias, o juiz, tem a incumbência de fixar, de quando em quando, a regra a ser aplicada. Falamos do juiz porque seguindo as modificações de sua posição e de sua função social é que colhemos a passagem do direito não-estatal ao estatal e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo).

Podemos, de fato, definir o direito como um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um "terceiro" (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (A aplicação de tal sanção é confiada, num primeiro momento, à parte adversária e, em um desenvolvimento poste-

rior, ao próprio Estado.) Falamos, então, de direito quando, surgindo um conflito entre dois sujeitos, intervém um terceiro (juiz nomeado pelo Estado ou árbitro escolhido pelas partes) que estabelece uma regra (que provavelmente se tornará um "precedente", isto é, será aplicada também em outros casos) segundo a qual a controvérsia será resolvida. Se, em uma dada sociedade, não há a intervenção deste "terceiro", não se pode falar de direito em senso estrito: dir-se-á que aquela sociedade vive segundo usos, costumes (*mores*) etc. (É por isto que se foi levado a considerar como verdadeiro e real direito o ordenamento internacional, ou pelo menos enquanto este não apresentava órgãos internacionais, como os que atualmente se consolidam, diante dos quais são discutidas as controvérsias, mas valia apenas como regra de conduta entre os Estados.)

Se definimos, então, o ordenamento jurídico como o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz, e mantemos presente este esquema conceitual, compreendemos por que em certa época se falava de direito natural e de direito positivo, enquanto agora se fala apenas de direito positivo. Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios eqüitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam "fontes do direito". O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios eqüitativos e de razão (direito natural).

Todavia, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La logica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais.

Recapitulando: quando identificamos o direito com as normas postas pelo Estado, não damos uma definição geral do direito, mas uma definição obtida de uma determinada situação histórica, aquela em que vivemos. Enquanto, de fato, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto em critérios de eqüidade, e a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.

Encontramos um reflexo desse estado de coisas na concepção dos jusnaturalistas que admitiam a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria precedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era, exatamente, o direito natural. Nessa sociedade, os homens cultivavam a terra e escambavam os produtos, constituíam famílias e o chefe de família tinha servos à sua disposição; com a morte do pai os seus haveres se transmitiam a seus descendentes. Todas estas relações sociais eram reguladas por normas jurídicas (tinha-se, assim, os direitos reais, o direito das obrigações, o direito de família e aquele das sucessões). Segundo os jusnaturalistas a intervenção do Estado limita-se a tornar estáveis tais relações jurídicas. Por exemplo, segundo Kant, o direito privado já existe no estado de natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público; contrapõe o modo de ser do direito privado no estado de natureza àquele característico do mesmo direito na sociedade política, afirmando que no primeiro momento tem-se um "direito provisório" (isto é, precário) e no segundo momento um "direito peremptório" (isto é, definitivamente afirmado graças ao poder do Estado).

7. Os eventos históricos do direito romano.

O processo de monopolização da produção jurídica por parte dos Estados modernos encontra um grande precedente na compilação de Justiniano. O direito romano era tipicamente um direito de formação "social", constituindo-se gradualmente através de um desenvolvimento secular segundo os *mores*, a jurisdição pretoriana (cujos resultados foram consagrados no *Edictum perpetuum*) e sobretudo segundo a elaboração dos jurisprudentes. Todo este complexo de normas foi recolhido, por iniciativa de Justiniano, no *Corpus juris civilis,* de modo que tais normas perderam seu caráter de direito de origem social para assumir aquele de direito que encontra o fundamento de sua validade na vontade do príncipe, segundo a fórmula do *Codex* (que é uma das quatro partes do *Corpus*), segundo o qual "quod principi placuit legis habet vigorem", em que se inspira a outra fórmula, mais explícita ainda, segundo a qual "solus princeps potest facere leges". E no desenvolvimento histórico sucessivo considera-se o direito romano como um direito imposto pelo Estado (ou, mais precisamente, pelo Imperador Justiniano).

O direito romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas (ou bárbaras). Mas depois do obumbramento ocorrido em tal período — obumbramento comum, de resto, àquele de toda a cultura — ressurgiu no primeiro milênio com o aparecimento da Escola jurídica de Bolonha e difundiu-se não apenas nos territórios sobre os quais já se havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este: sobretudo na Alemanha, onde ocorreu no início da Idade Moderna o fenômeno da "recepção", graças ao qual o direito romano penetrou profundamente na sociedade alemã (basta pensar que ainda no fim do século XIX — antes das grandes codificações ocorridas no início do século XX — aplicava-se nos tribunais germânicos o direito do *Corpus juris* — naturalmente modernizado e adaptado às diferentes exigências sociais — sob o nome de *"usus modernus Pandecta-rum"*; o direito romano difundiu-se, por outro lado, também nos Países Baixos, nos escandinavos e, ainda que em medida muito mais limitada, na própria Inglaterra.

Sobre quais bases ocorre esta difusão? Os juristas medievais justificavam formalmente a validade do direito romano ponderando que

esse era o direito do Império Romano que tinha sido reconstituído por Carlos Magno com o nome de Sacro Império Romano: este raciocínio não levava em conta a solução de continuidade que se havia verificado entre o Império Romano do Oriente (bizantino) e o Império Romano do Ocidente (germânico). Mas o verdadeiro fundamento da validade do direito romano era outro: decorria de considerar tal direito como *ratio scripta*, isto é, como um conjunto de regras racionalmente fundadas, exprimindo a própria essência da razão jurídica (*Juristenrecht*), e como tais capazes de serem usadas para resolver todas as possíveis controvérsias, mediante, é claro, uma sábia manipulação das próprias normas por obra dos intérpretes, mediante o recurso à aplicação analógica e às outras técnicas hermenêuticas que permitem aplicar as normas estabelecidas para um caso a casos distintos. Os juristas medievais, na sua ingênua e ilimitada admiração pelo direito romano — como de resto por tudo aquilo que era romano: basta lembrar o Virgílio de Dante — pensavam que a sabedoria jurídica romana não tivesse elaborado simplesmente um direito próprio de uma determina *civitas*, mas tivesse enunciado normas jurídicas fundadas na natureza e na razão; assumiam, assim, o direito romano como uma espécie de direito natural que, nos confrontos do direito natural, assim como é geralmente entendido, apresentava a grande vantagem de ser escrito e codificado em uma seleta legislativa.

De fato, na Idade Média o direito romano difundiu-se com o nome de "direito comum" (*jus commune*): tal fórmula se conecta à definição de direito natural dada pelos gregos (*koinói nómoi*, segundo a expressão aristotélica) e pelos romanos (*jus gentium*), como direito comum a todos os povos. Tal conexão é inconsciente mas não casual, na medida em que o direito romano, na Idade Média, tem precisamente valor de direito comum a todos os povos, sendo considerado expressão da própria razão. E do mesmo modo que na antiguidade clássica o *jus gentium* se contrapõe ao *jus civile*, na Idade Média o *jus commune* se contrapõe ao *jus proprium*, isto é, ao direito próprio das diversas instituições sociais. A sociedade medieval era, como dissemos, uma sociedade pluralista e, assim, cada grupo social tinha seu próprio direito: havia o direito feudal, o direito das corporações, o direito das comunas ou *civitates* (dito "direito estatutário", porque os atos que o constituíam chamavam-se "estatutos"), o direito dos "reinos". Todos estes direitos eram, em geral, subordinados ao romano, assim como todas as organizações sociais eram subordinadas ao Império. Mas, pouco a pouco, inicialmente os "reinos"

(em particular o reino da França), depois os *civitates* (as comunas) proclamaram a sua autonomia e independência do Império, declararam-se *jurisdictionem habentes* (isto é, dotados do poder de criar o direito), definiram-se como *civitates* (ou reinos) *sibi principes* (para significar que eram independentes do "príncipe" — por antonomásia, o Imperador).

Cria-se, agora, um conflito entre o *jus commune* e o *jus proprium* e neste conflito o direito posto pelo ente político organizado (comuna ou reino, isto é, Estado) pouco a pouco prevalece sobre o primeiro (aquele que evoca formalmente a autoridade do Império), até a afirmação final segundo a qual o direito comum tem vigor e é aplicável apenas com a "permissione principis", isto é, apenas quando seja aprovado pelo soberano: neste estágio, todo o direito reduz-se a direito do Estado. Tal processo ocorre lentamente, mas já no século XIV um comentador dos estatutos comunais, o jurista Alberico da Rosato, afirmava:

Ubi cessat statutum habet locum jus civile.[1]

Se consideramos a maneira pela qual se chega à afirmação do direito como posto pelo Estado, seja no Império bizantino, seja na monarquia do século XVII, notamos que este processo de monopolização da produção jurídica é estreitamente conexo à formação do Estado absoluto (daquele Estado em que, como diz a fórmula justiniana "principes legibus solutus [est]").

O termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações (final do século XVIII /princípio do século XIX) através das quais o direito comum foi absorvido totalmente pelo direito estatal. Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito.

8. "Common law" e "statute law" na Inglaterra: sir Edward Coke e Thomas Hobbes.

Para esclarecer as origens do positivismo jurídico é interessante ver também (ainda que por breves indicações) o desenvolvimento do direito na Inglaterra. Este país sofreu pouca influência do direito comum romano; porém mesmo nele encontramos (como no mundo romano e

[1] Para esta e outras informações sobre a formação, desenvolvimento e decadência do direito comum na Europa, remeto à obra de F. Calasso — *Introduzione al diritto comune,* Milão, 1951.

como na Europa continental medieval) o contraste entre um *jus commune* e um *jus particulare* (o que faz compreender como tal distinção não se coloca em realidade como distinção entre direito natural e direito positivo, mas como distinção entre duas formas de direito positivo): o contraste se coloca na Inglaterra entre a *common law* (direito comum ou consuetudinário) e a *statute law* (direito estatutário ou legislativo).

A *common law* não é o direito comum de origem romana, do qual falamos no parágrafo anterior, mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório). O direito estatutário se contrapõe à *common law*, sendo ele posto pelo poder soberano (isto é, o Rei e, num segundo momento, pelo Rei juntamente com o Parlamento).

O desenvolvimento das relações entre estes dois direitos é diferente daquele que houve na Europa continental entre *jus commune* e *jus proprium.* Enquanto, realmente, entre nós o segundo toma a primazia sobre o primeiro, se não o incorpora, isto não ocorre (ou ocorre muito mais lentamente e em medida muito inferior) na Inglaterra, onde permanece o primado do direito comum mesmo quando a monarquia se reforça e se transforma de monarquia medieval em monarquia moderna. Na Inglaterra permaneceu sempre nominalmente em vigor o princípio segundo o qual o direito estatutário vale enquanto não contrariar o direito comum. O poder do Rei e do Parlamento devia ser limitado pela *common law*. Conforme uma distinção constitucional da Inglaterra medieval, o poder do soberano se distingue, de fato, em *gubernaculum* (poder de governo) e *jurisdictio* (poder de aplicação das leis). Ora, o Rei, ao exercer o *jurisdictio* (através de seus juízes) era obrigado a aplicar a *common law*; esta última portanto limitava o poder do soberano. Isto explica por que a monarquia inglesa nunca detinha um poder ilimitado (diferentemente das monarquias absolutas continentais), porque na Inglaterra fora desenvolvida a separação dos poderes (transferida depois na Europa graças à teorização executada por Montesquieu) e porque tal país é a pátria do liberalismo (entendido como a doutrina dos limites jurídicos do poder do Estado).

Dado este contraste entre direito comum e direito do Estado, as tendências autoritárias e absolutistas tiveram na Inglaterra uma das suas

típicas manifestações na polêmica contra a *common law*. O soberanos absolutistas, como Jaime I e Carlos I, tentaram fazer valer a preeminência absoluta do direito estatutário, negando aos juízes o poder de resolver as controvérsias com base no direito comum; encontraram, porém, uma firme oposição, da qual o porta-voz e expoente máximo foi sir Edward Coke (autor das *Instituições do direito inglês*, trabalho considerado como a "summa" da *common law*).

No plano doutrinal, um dos aspectos da polêmica é a crítica de Thomas Hobbes, teórico do poder absoluto e fundador da primeira teoria do Estado moderno, movida contra Coke. Hobbes combate a *common law* e afirma o poder exclusivo do soberano de pôr o direito, visto que isto é indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado; a polêmica deste autor contra a *common law* é apenas um aspecto particular e de segundo plano (e por isto mesmo pouco notado, embora muito interessante) da sua polêmica contra tudo o que limita o poder do Estado, primeiramente contra o poder eclesiástico.

Aquilo que Hobbes diz para justificar sua posição contra o direito comum é muito importante, tanto que pode ser considerado como o direto precursor do positivismo jurídico. Como bom jusnaturalista (como o eram todos os escritores políticos e jurídicos do século XVII), ele estuda a formação do Estado e de suas leis considerando a passagem do estado de natureza para o estado civil. No estado de natureza, segundo Hobbes, existem leis (direito natural); mas, ele se indaga, são tais leis obrigatórias? Sua resposta é digna de ser sublinhada, visto que constitui um raciocínio paradigmático para todos os juspositivistas. Segundo Hobbes, o homem é levado a respeitá-las em consciência (isto é, diante de si mesmo e, se crê em Deus, diante de Deus), mas tem ele uma obrigação diante dos outros? Diante do outro, afirma o filósofo, sou levado a respeitar as leis naturais somente se e nos limites nos quais o outro as respeita nos meus confrontos. Tomemos, por exemplo, a norma "pacta sunt servanda", ou aquela, mais fundamental, "não matar": que sentido teria eu manter os pactos estipulados em relação ao outro se o outro não os mantivesse no confronto comigo? Ou que eu não matasse o outro se este desejasse matar-me? Este comportamento seria razoável, isto é, conforme à finalidade para a qual as leis foram estabelecidas? (Notemos como Hobbes coloca o problema em termos de ética utilitarista, referindo-se assim ao cálculo do próprio interesse.) O autor responde que tal comportamento não seria razoável, porque externamente sou obrigado a

não matar o outro só se ele não me mata; portanto, se sustento que o outro quer matar-me, o que é razoável não é mais o não matá-lo, mas eu matá-lo antes que ele possa me matar. (É quase nestes termos que se coloca, ou melhor, se colocava antes da recente constituição de organismos internacionais permanentes, o problema do direito internacional e da sua observância nas relações entre os Estados: o Estado agressor não diz jamais que viola o dever de não agredir; pelo contrário, que se defende prevenindo uma agressão por parte do outro Estado.)

Portanto, continua Hobbes, nesse estado de natureza, no qual todos os homens são iguais, e no qual cada um tem o direito de usar a força necessária para defender seus próprios interesses, não existe jamais a certeza de que a lei será respeitada por todos e assim a própria lei perde toda eficácia. O estado de natureza constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo homem luta contra os outros, no qual — segundo a fórmula hobbesiana — existe um "bellum omnium contra omnes". Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso, portanto, atribuir toda a força a uma só instituição: o soberano/Em tal caso, com efeito, eu posso (e devo) respeitar os pactos, não matar etc., em geral obedecer às leis naturais, porque sei que também o outro as respeitará, visto que há alguém a quem não se pode opor, cuja força é indiscutível e irresistível (o Estado), que o constrangeria a respeitá-las se não o quisesse fazer espontaneamente. Mas esta monopolização do poder coercitivo por parte do Estado comporta uma correspondente monopolização do poder normativo. De fato, por um lado o Estado possui o poder de pôr normas regulamentadoras das relações sociais porque surgiu para esta finalidade; por outro lado, somente as normas postas pelo Estado são normas jurídicas porque são as únicas que são respeitadas graças à coação do Estado. A partir do momento em que se constitui o Estado, deixa portanto de ter valor o direito natural (que na realidade não era respeitado tampouco antes, no estado de natureza) e o único direito que vale é o civil ou do Estado.

Com base nesta concepção Hobbes nega a legitimidade da *common law*, isto é, de um direito preexistente ao Estado e independente deste (seria quase uma espécie de direito natural). Já na sua velhice avançada, o autor dedicou uma obra a essa polêmica contra a *common law* intitulada *Diálogo entre um filósofo e um estudioso do direito comum da Inglaterra*, no qual o filósofo (que é o próprio Hobbes) combate a *common law* e o jurisconsulto (que é um discípulo de Sir Edward Coke) a defende.

Nesta obra Hobbes coloca na boca do filósofo a seguinte afirmação explícita:

> *Não é a sapiência mas sim a autoridade que cria a lei.*[1]

Esta proposição toma nitidamente partido entre as duas típicas concepções do direito, aquela que considera o direito como fruto da razão e aquela que o considera obra da vontade (neste sentido os medievais contrapunham, com um expressivo jogo de palavras, o direito que vale *imperio rationis* e o que vale *ratione imperii*); para Hobbes o direito é expressão de quem tem o poder e por isto ele nega o valor à *common law*, que é o produto da sapiência dos juízes. O filósofo prossegue, efetivamente:

> O autor [leia-se Coke] quer dizer que aquela *summa ratio* e o direito verdadeiro e próprio não são senão a razão do juiz, ou de todos os juízes juntos, independentemente do rei; tal coisa eu nego porque somente pode fazer leis aquele ao qual é atribuído o poder legislativo. Que o direito seja elaborado por indivíduos doutos e ponderados, ou seja, pelos jurisconsultos, é evidentemente falso; pois que foram os reis da Inglaterra que fizeram todas as leis do país, em consulta com a nobreza e os comuns reunidos em parlamento; e destas pessoas nem sequer um em vinte era um douto homem de leis.

Pouco depois destas afirmações encontramos no mesmo *Diálogo* uma definição do direito dada pelo filósofo, a qual podemos considerar como típica da concepção positivista:

> Direito é o que aquele ou aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem.

Nesta definição encontramos dois caracteres típicos da concepção positivista do direito, a saber, o formalismo e o imperativismo:

a) *FORMALISMO*. Como se vê, na definição não se faz referência nem ao conteúdo, nem ao fim do direito: não se define o direito nem com referência às ações que estão disciplinadas ao conteúdo de tal disciplina (não se diz , por exemplo, que o direito regulamenta as relações externas, ou as intersubjetivas), nem com referência aos resultados que o direito deseja conseguir (não se diz que ele é constituído pelas normas postas

[1] Citação do volume: T. Hobbes, *Obras Políticas*, Turim, 1959, vol. I, p. 417.

para realizar a paz, ou a justiça, ou o *bonum commune*). Vice-versa, a definição do direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas, e portanto com base num elemento puramente formal.

b) *IMPERATIVISMO*. O direito é definido como o conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos aos seus súditos. O direito, portanto, é um comando. Também para Hobbes se verifica aquilo que observamos anteriormente, segundo o que a concepção positivista do direito está estreitamente ligada à concepção absolutista do Estado.

Como se explica a defesa dessa concepção por parte de Hobbes? Pretendemos investigar não tanto uma justificação moral ou política, mas sim uma justificação em bases históricas. Ora, deste ponto de vista, o processo de formação do Estado absoluto se explica como reação e resposta ao estado quase permanente de anarquia no qual incidiam naqueles tempos a Inglaterra — e a Europa em geral — devido às guerras de religião. Quando Hobbes descreve o estado de natureza não pensa numa condição hipotética ou, de qualquer maneira, pré-histórica da humanidade, mas tem diante de sua própria mente o estado de guerra civil, quando o poder central se dissolve e, devido às lutas intestinas, acabam por faltar a ordem e a paz. A guerra civil é para Hobbes um retorno ao estado de natureza. Pois bem, ele, para reagir a tal estado, escreve as suas obras com a intenção de contribuir para devolver a paz e a ordem ao seu país e à Europa.

9. A monopolização do direito por parte do legislador na concepção absolutista e na liberal. Montesquieu e Beccaria.

Hobbes, ao reagir à anarquia provocada pelas guerras de religião, se conduziu ao extremo oposto. Ele propõe eliminar o conflito entre as várias igrejas ou confissões eliminando a causa mais profunda do conflito, isto é, a distinção entre o poder do Estado e o poder da Igreja. Ele quer, na verdade, que não haja outro poder a não ser o do Estado e que a religião seja reduzida a um serviço.

Além desta, era possível uma outra resposta, a liberal (que teria exigido maior maturação e um processo mais longo e mais lento). A resposta liberal se baseia no conceito de tolerância religiosa: o Estado

liberal não elimina as partes em conflito e sim deixa que o próprio embate se desenvolva entre os limites do ordenamento jurídico posto pelo próprio Estado. Uma situação análoga àquela do século XVII encontramos nos nossos dias em que o Estado se acha diante de um conflito não mais entre confissões religiosas, mas entre classes sociais. Também aqui o Estado pode assumir duas posições: ou eliminar o conflito social identificando-se com uma das duas partes em luta (e é nesta solução que se inspira o conceito de "ditadura do proletariado"), ou deixar que o conflito se desenvolva no interior do ordenamento jurídico do Estado que o controla e o disciplina. Naturalmente também neste caso a escolha entre as duas soluções não pode ser feita por capricho, mas será condicionada pelas circunstâncias históricas; numa sociedade, na qual os conflitos de classe são profundos e violentos, é provável que não haja outra solução a não ser a da ditadura.

Fizemos este paralelo entre concepção absolutista e a liberal porque a passagem de uma para a outra não implica num conflito tão drástico, como comumente se sustenta, relativamente ao problema que aqui nos interessa. Na verdade, a concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz, a saber, o assim dito dogma da *onipotência do legislador* (a teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador); as codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por este dogma, não são um produto do absolutismo, mas do iluminismo e da concepção liberal do Estado. Como ocorre esta passagem da concepção absolutista para a liberal da teoria da onipotência do legislador? Para compreendê-lo devemos observar que a teoria em questão apresenta dois aspectos, duas faces, uma absolutista e uma liberal. Por um lado, de fato, tal teoria elimina os poderes intermediários e atribui um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador, que é o aspecto absolutista. Mas tal eliminação dos poderes intermediários possui também um aspecto liberal, porque garante o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes: a liberdade do juiz de pôr normas extraindo-as do seu próprio senso da eqüidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos, enquanto que o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário.

Resta naturalmente o problema de garantir o cidadão contra as arbitrariedades do próprio poder legislativo, arbitrariedades que podem ser muito mais graves e perigosas porque, se o juiz abusa do seu poder, só se ressentirão disto as partes cuja controvérsia ele está resolvendo; mas se o legislador abusa de seu poder, toda a sociedade se ressentirá disto. Para impedir as arbitrariedades do legislador, o pensamento liberal investigou alguns expedientes constitucionais, dos quais os principais são dois:

a) *a separação dos poderes,* pela qual o poder legislativo não é atribuído ao "príncipe" (isto é, ao poder executivo), mas a um colegiado que age junto a ele, com a conseqüência de que o governo fica subordinado à lei;

b) *a representatividade,* pela qual o poder legislativo não é mais expressão de uma restrita oligarquia, mas da nação inteira, mediante a técnica da representação política: sendo assim o poder exercido por todo o povo (ainda que não seja diretamente, mas através de seus representantes), é provável que seja também exercitado não arbitrariamente, mas para o bem do próprio povo. Este segundo expediente representa a passagem da concepção estritamente liberal para a democrática. Esta última, tal como foi elaborada por Rousseau (teoria da "vontade geral"), não difere da absolutista (de Hobbes) enquanto diz respeito à definição do poder do Estado e à afirmação da sua ilimitação. As diferenças entre as duas concepções se referem à individualização do próprio detentor do poder e ao modo de seu exercício.

A relação estreita entre concepção absolutista e concepção liberal relativamente à teoria da monopolização do direito por parte do Estado (e, portanto, com vistas à doutrina do positivismo jurídico) pode ser demonstrada pelo fato de que freqüentemente os antipositivistas modernos conduzem sua polêmica não tanto contra os teóricos do absolutismo quanto nos confrontos de pensadores tipicamente liberais. Assim, por exemplo, Ehrlich (na sua obra já citada, *A Lógica dos Juristas*) considera responsáveis pela estatização do direito Montesquieu e Beccaria, que estão entre os maiores expoentes das concepções político-jurídicas de inspiração iluminista e que exerceram enorme influência nos ambientes político-culturais liberais. Como se pode notar, Montesquieu é o teórico da separação dos poderes e Beccaria é o precursor de uma concepção liberal do direito (especialmente no que diz respeito ao direito penal). Por que estes dois autores são considerados responsáveis pela monopolização do direito por parte do legislador?

Montesquieu assim se exprime com referência às relações entre poder judiciário e poder legislativo em seu *L'Esprit des lois* (1748), livro XI (no qual expõe a sua teoria da separação dos poderes, ilustrando a

Constituição inglesa — um pouco idealizada — que considera como uma constituição perfeita por garantir a liberdade, bem supremo dos cidadãos):

> Se os tribunais não devem ser fixos, as sentenças devem sê-lo a ponto de não serem outra coisa senão um texto preciso da lei[1].

Assim, segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador. Prossegue, de fato, Montesquieu:

> Se os juízos fossem o veículo das opiniões particulares dos juízes viveríamos numa sociedade sem saber com precisão que obrigações assumir.

A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.

Estes conceitos são retomados por Beccaria na sua célebre obra *Dos delitos e das penas* (1764).* Uma das passagens mais célebres e freqüentemente citadas na polêmica antipositivista acha-se no parágrafo 3:

> A primeira conseqüência destes princípios é que somente as leis podem decretar as penas sobre os delitos e esta autoridade só pode residir junto ao legislador, que representa a sociedade unida por um contrato social. [Aqui Beccaria apela para a concepção contratualista para demonstrar que o poder do legislador não é arbitrário mas se funda na sociedade e é feito para a sociedade.] Nenhum magistrado, que é parte da sociedade, pode com justiça infligir penas contra um outro membro da mesma sociedade. Mas uma pena acrescida além do limite fixado pelas leis é a pena justa, mais uma outra pena; portanto, não pode um magistrado, sob qualquer pretexto de zelo, ou bem público, acrescer a pena estabelecida a um cidadão delinqüente.

Beccaria enuncia aqui o princípio dito de "estrita legalidade do direito penal", que se exprime na máxima: "***nullum crimen, nulla poena***

[1] Citação da edição da UTET, Turim, 1952, vol. I, p. 279. Edição brasileira, *Os Pensadores*, vol. XXI, Abril S.A., São Paulo, 1973.

* Trad. brasileira de Torrieri Guimarães, Hemus Editora Ltda., São Paulo, 1983).

sine lege". No parágrafo 4, insiste, ademais, em suas afirmações sobre as relações entre o juiz e a lei. O juiz não só não pode irrogar penas a não ser nos casos e nos limites previstos pela lei, como também não pode interpretar a norma jurídica, porque a interpretação dá à lei um sentido diverso daquele que lhe foi dado pelo legislador (uma posição extremista que hoje nem mesmo o mais obstinado positivista estaria disposto a aceitar):

> Quarta conseqüência: tampouco a autoridade de interpretar as leis penais pode ser atributo dos juízes criminais, pela razão de não serem legisladores. Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como uma tradição doméstica e um testamento que não deixasse aos pósteros senão o cuidado de obedecer; receberam-na, sim, da sociedade viva, ou do soberano representante dela, como legítimo depositário do efetivo resultado da vontade de todos; receberam-na não como obrigações de um antigo juramento, nulo porque legava vontade não existente, iníquo porque reduzia os homens do estado de sociedade ao estado de rebanho, mas como efeitos de um tácito ou expresso juramento que as vontades reunidas dos súditos vivos fizeram ao soberano, como vínculos necessários para frear e reger o fermento intestino dos interesses particulares. (. . .)
>
> Quem será então o legítimo intérprete da lei? O soberano, isto é, o depositário das efetivas vontades de todos, ou o juiz cujo ofício é somente examinar se o tal homem havia cometido ou não uma ação contrária às leis?
>
> Em todo delito deve fazer o juiz um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a conseqüência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for constrangido ou desejar fazer também dois silogismos somente, abrir-se-á a porta à incerteza.
>
> Não há coisa mais perigosa do que aquele axioma comum: "É preciso consultar o espírito da lei". É uma barragem rompida frente à torrente das opiniões.

Aqui Beccaria expõe a "teoria do silogismo", bem conhecida pelos juristas, segundo a qual o juiz ao aplicar as leis deve fazer como aquele que deduz a conclusão de um silogismo. Assim fazendo ele não cria nada de novo, apenas torna explícito aquilo que já está implícito na premissa maior. Beccaria quer, sem mais, que o silogismo seja "perfeito": não seria assim aquele raciocínio do jurista que se fundasse numa interpretação analógica de uma norma jurídica (neste caso, de fato, o silogismo é logicamente imperfeito).

10. A sobrevivência do direito natural nas concepções jusfilosóficas do racionalismo no século XVIII. As "lacunas do direito".

Vimos que os escritores racionalistas do século XVIII teorizaram sobre a onipotência do legislador. Com eles, entretanto, ainda não chegamos ao positivismo jurídico propriamente dito. É preciso lembrar que nesse século o direito natural ainda está vivo e tem um dos seus florescimentos mais intensos, não só no plano doutrinário como também no prático. Basta recordar a influência que o pensamento jusnaturalista teve na formação da Constituição americana e das Constituições da Revolução Francesa. No pensamento do século XVIII têm ainda pleno valor os conceitos-base da filosofia jusnaturalista, tais como o estado de natureza, a lei natural (concebida como um complexo de normas que se coloca ao lado — ou melhor, acima — do ordenamento positivo), o contrato social. No contexto da realidade do Estado ainda domina o direito natural. O Estado, realmente, se constitui com base no estado de natureza, como conseqüência do contrato social, e mesmo na organização do Estado os homens conservam ainda certos direitos naturais fundamentais.

As conseqüências desta concepção se manifestam particularmente num caso muito importante e interessante, que indica o limite da onipotência do legislador — o caso no qual o próprio legislador deixou de regulamentar determinadas relações ou situações, isto é, para usar a fórmula típica, o caso da "lacuna da lei". Enquanto os juspositivistas, para serem coerentes até o fim, excluindo o recurso ao direito natural, negaram a própria existência das lacunas, os escritores do século XVII e do século XVIII não a negam absolutamente e afirmam, ao contrário, que em tal caso o juiz deve resolver a controvérsia aplicando o direito natural. Esta solução é perfeitamente lógica para quem admite que o direito positivo se funda (através do Estado e do contrato social que faz surgir este último do estado de natureza) no direito natural: vindo, aliás, a faltar o primeiro, é evidente que deve ser aplicado o segundo. Para usar imagens, diremos que o direito positivo não destrói, mas sim recobre, ou submerge o direito natural; se, portanto, há um "buraco" no direito positivo, através deste se vê aflorar o direito natural; ou, se se preferir, a "submersão" do direito natural não é total, porque, acima do nível do direito positivo, algumas ilhotas ainda afloram.

A função sub-rogatória do direito natural, no caso das lacunas do direito positivo, é uma concepção tão difundida entre os escritores do

século XVII e do século XVIII que podemos verdadeiramente considerá-la como uma *communis opinio*. Veja-se, por exemplo, o que diz Hobbes, que consideramos um precursor do juspositivismo; na realidade, ele, se foi um positivista nos seus tempos, é ainda um jusnaturalista diante do positivismo jurídico *strictu sensu*. Afirma, então, Hobbes no *De cive*, cap. XIV, § 14:

> Uma vez que é impossível promulgar leis gerais com as quais se possa prever todas as controvérsias a surgir, e são infinitas, evidencia-se que, em todo caso não contemplado pelas leis escritas, se deve seguir a lei da eqüidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais; o que se cumpre por força da lei civil, que pune também os transgressores materiais das leis naturais, quando a transgressão aconteceu consciente e voluntariamente (*ed. cit.*, pp. 276-77).

(Hobbes vê, portanto, um limite para a onipotência do legislador humano no fato de este, não sendo Deus, não poder prever todas as circunstâncias.) Uma afirmação similar é feita por Leibniz num seu trabalho que assinala uma mudança de direção no estudo sistemático do direito, a *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*. Falando da "jurisprudência polêmica" (isto é, daquela que serve para resolver as controvérsias), ele declara:

> *In iis casibus, de quibus lex se non declaravit, secundum jus naturae esse judicandum* (§ 71).

A mesma solução é dada num tratado escolástico de direito natural, intitulado *Jus naturae in usum auditorum* (7ª ed., 1774), de Achenwall. Segundo este autor, o direito natural vigora particularmente em três campos:

a) o direito natural se aplica "principaliter" (isto é, em via normal) nas relações entre os Estados;

b) aplica-se também "principaliter" nas relações entre príncipe e súditos (no Estado absoluto, sendo o príncipe livre das leis positivas — *legibus solutus* — suas relações com os súditos não podem ser reguladas pelo direito positivo, mas somente pelo natural, isto é, em concreto, pelas normas de natureza moral);

c) enfim, o direito natural se aplica "subsidiarie" (em via subsidiária) no caso de lacunas do direito positivo (portanto, igualmente nos confrontos daqueles que são submetidos ao poder do Estado);

Vero ad dijudicandas actiones et terminandas lites etiam allorum omnium qui certo juri humano subsunt, uti hoc humanum scil. jus plane deficit, quippe tum, si opus fuerit, ad jus naturale est recurrendum.

Esta concepção do direito natural como instrumento para colmatar as lacunas do direito positivo sobrevive até o período das codificações, e mais, tem uma extrema propagação na própria codificação. No art. 7 do Código austríaco de 1811 estabelece-se que sempre que um caso não puder ser decidido com base numa disposição precisa de lei, nem recorrendo à aplicação analógica, *dever-se-á decidir segundo os princípios do direito natural.* (Diferente é, em contrapartida, como veremos, a solução do Código de Napoleão, de que teve origem o mais rigoroso positivismo jurídico.)

CAPÍTULO II

AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO NA ALEMANHA

11. A "Escola histórica do direito" como predecessora do positivismo jurídico. Gustavo Hugo.

Para que o direito natural perca terreno é necessário um outro passo, é preciso que a filosofia jusnaturalista seja criticada a fundo e que as concepções ou, ainda, os "mitos" jusnaturalistas (estado de natureza, lei natural, contrato social . . .) desapareçam da consciência dos doutos. Esses mitos estavam ligados a uma concepção filosófica racionalista (a filosofia iluminista, cuja matriz se encontrava no pensamento cartesiano). Ora, foi precisamente no quadro geral da polêmica anti-racionalista, conduzida na primeira metade do século XIX pelo historicismo (movimento filosófico-cultural de que falaremos no próximo parágrafo), que acontece a "dessacralização" do direito natural.

O surgimento do positivismo jurídico teve de passar por essa polêmica acontecida no clima do romantismo. Esta passagem foi magistralmente descrita por Meinecke na sua obra sobre *As origens do historicismo* (que logo teremos oportunidade de citar novamente). No campo filosófico-jurídico, o historicismo teve, de fato, sua origem com a escola histórica do direito, que surgiu e se difundiu particularmente na Alemanha entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, sendo o seu maior expoente Savigny. Note-se bem que "escola histórica" e "positivismo jurídico" não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do direito natural.

Efetivamente, a primeira obra que se pode considerar expressão (ou, talvez melhor, antecipação) da escola histórica é um escrito de Gustavo Hugo (ele também alemão, como Savigny, embora seus nomes sejam de origem francesa) de 1798, cujo título é tão sintomático quanto interessante: *Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo (Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts,*

3ª ed., Berlim, 1809). O que quer dizer tal título? Significa que o direito natural não é mais concebido como um sistema normativo auto-suficiente, como um conjunto de regras distinto e separado do sistema do direito positivo, mas sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo. Aliás, Hugo define assim a "filosofia do direito positivo" logo no início de sua obra:

> A filosofia do direito positivo ou da jurisprudência é o conhecimento racional por meio de conceitos daquilo que pode ser direito no Estado (p. 1).

O autor, entendendo o direito natural como filosofia do direito positivo, o resolve num conjunto de conceitos jurídicos gerais elaborados com base no direito positivo (não no direito positivo de um Estado específico, mas naquele que existe, ou pode existir, em qualquer Estado). Usando uma terminologia moderna, podemos dizer que Hugo elabora, mais que uma "filosofia do direito", uma "teoria geral do direito". Com a redução do direito natural e filosofia do direito positivo, a tradição jusnaturalista é esgotada (mesmo que ela, naturalmente vá ressurgir por outras vias). A obra de Hugo assinala a passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista (*lato sensu*).

Hugo indica como exemplos precedentes de "filosofia do direito positivo" o pensamento de Montesquieu (com uma perspectiva de dois séculos, a obra do autor francês parece bem diferente daquela do autor alemão e se afigura difícil encontrar um ponto de contato entre os dois, visto que o *Espírito das leis* constitui aquilo que hoje chamaríamos de um estudo de sociologia jurídica). De qualquer maneira, Hugo evoca Montesquieu porque a obra deste não se refere absolutamente ao direito natural, mas sim às experiências jurídicas concretas dos vários povos, da época bárbara à civil. Trata-se de um estudo comparado das legislações, feito com a finalidade de conhecer o "espírito das leis", isto é, com a finalidade de individualizar a função do direito, as suas relações com a sociedade, as leis históricas que regulam sua evolução.

Hugo se pergunta o que é exatamente o direito positivo e responde que é o direito posto pelo Estado. Portanto, o direito internacional, como direito *entre* os Estados (e não posto pelo Estado) não é direito propriamente dito, mas uma espécie de norma moral (o autor antecipa deste modo a concepção de direito internacional que será desenvolvida também por Austin). Notemos porém que, para Hugo, "direito posto pelo

Estado" não significa necessária e exclusivamente direito posto pelo legislador (como sustentará o positivismo jurídico no sentido estrito e estreito do termo). O autor, no parágrafo 134 da sua obra (dedicado às "fontes" do direito), se indaga:

> Devem todas as normas jurídicas repousar sobre a vontade expressa, ou, pelo menos, na vontade tácita do legislador, ou há, além desta, também uma outra fonte do direito positivo, assim como para a língua e os costumes de um povo, o que portanto aqui podemos chamar de direito consuetudinário, doutrina científica ou jurisprudência?

Hugo não responde em termos afirmativos, mas problemáticos, formulando duas concepções:

> Seja nos Estados que tendem para o despotismo, seja lá . . . onde se antepõe a certeza do direito a qualquer outra coisa, responde-se freqüentemente de modo afirmativo à primeira alternativa; vice-versa, a favor da outra opinião coloca-se não apenas a história natural da constituição de todo direito positivo, e o exemplo de todos os povos civilizados, como também a maior probabilidade de que um direito livremente aceito pelo próprio povo seja aplicável e adequado, e até mesmo a absoluta impossibilidade de abarcar todos os casos com leis expressas (p. 135).

Pelos termos usados parece que Hugo propende para a segunda solução formulada.

A obra aqui examinada é importante, mais do que pelo seu valor intrínseco, pelo seu novo modo de considerar o direito, que exercerá uma notável influência no pensamento de John Austin, considerado o fundador do positivismo jurídico propriamente dito. Aliás, este estudioso inglês dará como segundo título de sua obra fundamental (de 1832) o mesmo título do livro de Hugo (ao qual faz expressa referência), isto é, *Filosofia do direito positivo*.

12. As características do historicismo. De Maistre, Burke, Möser.

Para compreender o que é o historicismo não há nada melhor do que ler algumas páginas de Meinecke, contidas no Prefácio a *As origens do historicismo* (trad. it., Sansoni, Florença, 1954), nas quais, entre outras, encontramos uma célebre definição do significado e da função do jusnaturalismo:

Dizemos aqui brevemente o que é o essencial . . . O primeiro princípio do historicismo consiste em substituir uma consideração generalizante e abstrata das forças histórico-humanas por uma consideração de seu caráter individual . . . Acreditava-se [bem entendido, os jusnaturalistas] que o homem com sua razão e suas dores, com suas virtudes e seus vícios tivesse permanecido em todos os tempos substancialmente o mesmo. Esta opinião contém, sim, um germe de verdade, mas não compreende as profundas transformações que a vida moral e espiritual do indivíduo e da comunidade sofre e assume, não obstante permaneça inalterada quanto às qualidades humanas fundamentais. A postura jusnaturalista do pensamento, predominante desde a antiguidade, inculcava a fé na imutabilidade da natureza humana, antes, da razão humana . . .

Esse jusnaturalismo . . . *tem sido a estrela polar em meio a todas as tempestades da história e constituído para o homem pensante um ponto fixo na vida,* tanto mais forte se sustentado pela fé na Revelação (Pref., pp. X-XI).

O que caracteriza, portanto, o historicismo é o fato de ele considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo (um tanto quanto estilizado por comodidade no modo pelo qual os historicistas o representam) que considera a humanidade abstrata. Procuremos determinar algumas características fundamentais do historicismo.

1) O sentido da *variedade da história devida à variedade do próprio homem*: não existe o Homem (com H maiúsculo) com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis, como pensavam os jusnaturalistas; existem homens, diversos entre si conforme a raça, o clima, o período histórico... De Maistre (considerado um predecessor do historicismo), defensor do *Ancien Régime* e opositor da Revolução Francesa, num panfleto anti-revolucionário, *Considérations sur la France,* falando da Constituição francesa de 1795, que foi difundida pelos franceses em toda a Europa invadida pelas tropas da Revolução, apresenta uma afirmação que exprime causticamente essa atitude dos historicistas polemizando com os racionalistas:

A Constituição de 1795 é feita pelo homem. Ora, não existem homens no mundo. Tenho visto, na minha vida, franceses, italianos, russos etc.; e sei também, graças a Montesquieu, que podem existir persas; mas, quanto ao homem, declaro jamais tê-lo encontrado na minha vida; e se existe, por certo é com meu desconhecimento*.

* É interessante ler, a respeito deste tipo de argumento, COHEN, Felix — *El método funcional en el derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

2) O sentido do *irracional na história*, contraposto à interpretação racionalista da história própria dos iluministas: a mola fundamental da história não é a razão, o cálculo, a avaliação racional, mas sim a não-razão, o elemento passional e emotivo do homem, o impulso, a paixão, o sentimento (de tal modo o historicismo se torna romantismo, que exalta quanto de misterioso, de obscuro, de turvo existe na alma humana). Os historicistas escarnecem assim das concepções jusnaturalistas, tais como a idéia de que o Estado tenha surgido após uma decisão racionalmente ponderada de dar origem a uma organização política que corrigisse os inconvenientes do estado de natureza. Nos confrontos desta concepção historicista, que torna protagonista da história não a razão, mas sim o irracional, o marxista húngaro Lukács falou polemicamente de "destruição da razão".

3) Estreitamente ligada à idéia da irracionalidade da história está a idéia da sua tragicidade (*pessimismo antropológico*): enquanto o iluminista é fundamentalmente otimista porque acredita que o homem com sua razão possa melhorar a sociedade e transformar o mundo, o historicista é pessimista porque não compartilha dessa crença, não crê nos "magníficos destinos e progressos" da humanidade. Esta postura é bem ilustrada por uma afirmação de Burke, o mais lúcido desses pensadores (que geralmente tinham posturas mentais mistificantes), o qual, em sua obra *Reflexões sobre a Revolução Francesa,* critica precisamente o desmedido desejo dos revolucionários de alterar o estado de coisas existente:

A história consiste em grande parte em miséria, que a soberba, a ambição, a avareza, a vingança, a lascívia, a revolta, a hipocrisia, a avidez descontrolada e as paixões desenfreadas espalharam pelo mundo . . . Tais vícios são a causa dessas tempestades. Religião, moral, leis, privilégios, liberdade, direitos do homem são os pretextos dos quais se servem os poderosos para poder governar a massa humana mobilizando e jogando com suas paixões[1].

Nestas poucas palavras está gravada a postura profundamente pessimista dos historicistas: a história é uma contínua tragédia. (A alusão feita por Burke aos "direitos do homem", considerados como um simples "pretexto", põe em evidência a matriz ideológica e social do historicismo, que é estreitamente ligado a interesses e uma mentalidade conservadores; não é por acaso que se desenvolva principalmente na Alemanha, o país da Restauração.)

[1] Este trecho é citado por Meinecke, pp. 227-228.

4) Um outro caráter do historicismo é *o elogio e o amor pelo passado*: não havendo crença no melhoramento futuro da humanidade, os historicistas têm, em compensação, grande admiração pelo passado que não pode mais voltar e que aos seus olhos parece idealizado. Por isto eles se interessam pelas origens da civilização e pelas sociedades primitivas. Também este ponto de vista está em nítido contraste com os iluministas, os quais, ao contrário, desprezam o passado e zombam da ingenuidade e da ignorância dos antigos, exaltando, em contrapartida, as "luzes" da Idade racionalista. Tal contraste entre racionalistas e historicistas se acende principalmente em referência ao medieval, considerado pelos primeiros uma Idade obscura e bárbara e avaliada pelos segundos como a época na qual se realizou uma civilização profundamente humana que exprime o espírito do povo e a força dos sentimentos mais elevados.

Esta temática é particularmente desenvolvida por Justus Möser: trata-se de um obscuro estudioso da segunda metade do século XVIII, amigo de Goethe, o qual o cita freqüentemente nos seus *Colóquios*, posteriormente descoberto e avaliado pela historiografia da Escola histórica (Savigny o cita, ao lado de Hugo, como precursor de suas idéias). Möser era um típico estudioso "provinciano", que vivia num ambiente social fechado e isolado das correntes da cultura contemporânea. Dedicou-se ao estudo da história da sua terra (Osnabrück). Suas obras principais, *História osnabruckense (Osnabrükische Geschichte,* 1768) e *Fantasias patrióticas (Patriotische Phantasien,* 1764) representam o fruto de suas escavações e de sua investigação da história de sua província, visando destacar certos caracteres negligenciados pela historiografia oficial. E os resultados a que chega são estes: a verdadeira civilização germânica é representada pela antiga "liberdade saxônica", destruída pela conquista carolíngia. A partir de Carlos Magno nada mais ocorreu de bom e válido na história do seu país; mister se faz, portanto, retornar ao passado para reencontrar na floresta e ao longo dos rios da Alemanha a essência da civilização alemã, a liberdade dos antigos saxões.

Nesta ordem de idéias o mais importante representante do primeiro historicismo alemão foi Herder, cujas obras principais são: *Ainda uma filosofia da história pela educação da humanidade* e *Idéias pela filosofia da história da humanidade.*

5) Um traço ulterior do historicismo é *o amor pela tradição*, isto é, pelas instituições e os costumes existentes na sociedade e formados

através de um desenvolvimento lento, secular. Esta idéia é expressa seja por Herder, seja por Burke, sendo que este último elabora o conceito de "prescrição" histórica: como o exercício de fato de um direito por um longo período de tempo faz adquirir tal direito mesmo se originariamente o seu exercício não se fundasse num título jurídico válido; assim é para todas as instituições sociais: vale aquilo que é formado no curso da história, aquilo que foi consagrado pelo tempo, pelo único fato de existir há muito tempo. O tempo sana as feridas da história. Assim, com referência às revoluções ocorridas na França, Burke defende o princípio de legitimidade e a hereditariedade dos cargos.

Também esta posição historicista é antitética à dos iluministas, os quais desprezavam a tradição. Para estes era suspeito aquilo que os homens repetiam mecanicamente, pela simples força da inércia, e desejavam que o homem aplicasse o seu espírito inovador para reformar as instituições e os costumes sociais adequando-os às exigências da razão (basta recordar a polêmica de Voltaire contra as superstições).

13. A escola histórica do direito. C. F. Savigny.

Se tomarmos os traços básicos do historicismo, que foram enunciados no parágrafo anterior, e os aplicarmos ao estudo dos problemas jurídicos, poderemos fazer uma idéia bastante exata da doutrina da escola histórica do direito, da qual o maior expoente foi Carlos Frederico von Savigny:

1) *Individualidade e variedade do homem.* Aplicando este princípio ao direito, o resultado é a afirmação segundo a qual não existe um direito único, igual para todos os tempos e para todos os lugares. O direito não é uma idéia da razão, mas sim um produto da história. Nasce e se desenvolve na história, como todos os fenômenos sociais, e portanto varia no tempo e no espaço.

2) *Irracionalidade das forças históricas.* O direito não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional, nascendo imediatamente do sentimento da justiça. Há um sentimento do justo e do injusto, gravado no coração do homem e que se exprime diretamente através das formas jurídicas primitivas, populares, as quais se encontram nas origens da sociedade, por baixo das incrustações artificiais sobre o direito criadas pelo Estado moderno.

3) *Pessimismo antropológico.* A descrença na possibilidade do progresso humano e na eficácia das reformas induz a afirmar que, também no campo do direito, é preciso conservar os ordenamentos existentes e desconfiar das novas instituições e das inovações jurídicas que se queiram impor à sociedade, porque por trás delas se escondem somente improvisações nocivas. Assim a escola histórica se opõe, como veremos melhor a seguir, ao projeto de codificar o direito germânico, julgando não apropriada à civilização e ao povo alemães a cristalização do direito numa única coletânea legislativa. Os expoentes desta escola venceram sua batalha contra os fautores do direito posto pelo legislador, o que é tão verdadeiro que a codificação acontecerá um século depois relativamente a outros países, isto é, no princípio do século XX.

4) *Amor pelo passado.* Para os juristas partidários da Escola histórica este amor significou a tentativa de remontar além da "recepção" do direito romano na Alemanha, para redescobrir, reavaliar e, possivelmente, reviver o antigo direito germânico (houve assim os "germanistas", a saber, os estudiosos desse direito, em contraposição aos "romanistas"). De fato, aos olhos dos juristas partidários do historicismo, a recepção parecia uma tentativa de inspiração tipicamente iluminista de transplantar na Alemanha um direito estrangeiro, não adequado ao povo alemão, um direito que era ilusório e arbitrário pretender considerar como *ratio scripta*.

5) *Sentido da tradição.* Para a escola histórica este sentimento significa reavaliação de uma forma particular de produção jurídica, isto é, do costume, visto que as normas consuetudinárias são precisamente expressão de uma tradição, se formam e se desenvolvem por lenta evolução na sociedade. O costume é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o "espírito do povo" (*Volksgeist*). Acaba, de tal modo, subvertida a clássica relação entre as duas fontes de direito, aquela refletida (a lei) e aquela espontânea (o costume), visto que geralmente se considera a primeira prevalente sobre a segunda.

Se desejarmos encontrar expressa a "summa" da doutrina da escola histórica do direito bastará ler o mui célebre livreto do expoente da escola, Carlos Frederico von Savigny: *Da Vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência* (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)* — livreto escrito exatamente por ocasião

* Jurisprudência, aqui, entendida como ciência do Direito.

da polêmica contra o projeto da codificação e do qual transcrevemos aqui algumas passagens provenientes do capítulo I (ao termo do qual são precisamente citados Hugo e Möser como precursores da escola histórica):

> Junto a toda nação, que tenha uma história não dúbia, vemos o direito civil se revestir de um caráter determinado, absolutamente peculiar àquele povo do mesmo modo que sua língua, seus costumes, sua constituição política. Todas estas diferentes manifestações não possuem uma existência separada. O que disto forma uma única totalidade é a crença universal do povo, é o sentimento uniforme, de intuições e de necessidades, o que exclui toda idéia de uma origem meramente acidental e arbitrária.

O autor prossegue afirmando que

> *essas atividades características fazem de cada povo um indivíduo*

e que

> a infância da sociedade [não] foi passada numa condição inteiramente animalesca . . . [mas foi] um período no qual o direito vive de maneira igual à língua na consciência popular . . .
>
> Mas esta natural dependência do direito em relação aos costumes e o caráter do povo se conserva também no progresso do tempo, da mesma maneira que a linguagem (. . .).
>
> O direito progride com o povo, se aperfeiçoa com ele e por ele perece quando o povo perdeu seu caráter (*Da vocação* etc., Verona, 1857, pp. 103-104).

14. O movimento pela codificação do direito. Thibaut.

Como já ressaltamos, a escola histórica do direito (e o historicismo em geral) podem ser considerados precursores do positivismo jurídico somente no sentido de que representam uma crítica radical do direito natural, conforme o concebia o iluminismo, isto é, como um direito universal e imutável deduzido pela razão. Ao direito natural a escola histórica contrapõe o direito consuetudinário, considerado como a forma genuína do direito, enquanto expressão imediata da realidade histórico-social e do *Volksgeist*. A atitude antijusnaturalista é congênita a todo

pensamento jurídico que sustentou em primeiro plano o costume. Recordamos que na Inglaterra, onde a fonte principal do direito era a *common law*, o estudo do direito natural era descurado a tal ponto que um comentador de Bracton afirma (com uma formulação que deveria tornar-se proverbial):

> *In Anglia minus curatur de jure naturali quam in aliqua regione de mundo.*

Mas, dito isto, é mister salientar que a escola histórica do direito deve ser considerada precursora não tanto do positivismo jurídico quanto de certas correntes jusfilosóficas (como a escola sociológica e a realista que se desenvolveram principalmente no mundo anglo-saxão), que, no fim do século XIX e no início do século XX, assumiram uma posição crítica frente ao juspositivismo.

O fato histórico que constitui a causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representaram a realização política do princípio da onipotência do legislador. Frente a este movimento, a escola histórica assume uma posição de clara hostilidade, como veremos no próximo parágrafo. As codificações representam o resultado de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de a "positivação do direito natural". Segundo este movimento, o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. É expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisto pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos "filósofos", isto é, dos doutos que o legislador deve consultar).

Os iluministas submeteram a uma crítica demolidora o direito consuetudinário (tão caro à escola histórica), considerando-o uma pesada e danosa herança da esconjurada Idade Média (o século das trevas), como contrário às exigências do homem civilizado e da sociedade inspirada nos princípios da *civilisation**, enquanto expressão não da razão, mas do

* (N.T.) Em francês, no original.

irracional ínsito em toda tradição. Os iluministas consideraram possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei. O movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista, já que à idéia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado.

Estas idéias, que apelavam não só para a razão mas também para a autoridade do Estado, foram favoravelmente acolhidas pelas monarquias absolutas do século XVIII, sendo estas, inclusive, uma expressão do fenômeno histórico observado com o nome de *despotismo esclarecido*. A estreita relação entre iluminismo (mais exatamente entre jusnaturalismo racionalista e estatal) e codificações é muito bem evidenciada por algumas afirmações feitas pelas autoridades políticas, por ocasião das próprias codificações. Assim, Frederico II da Prússia, ao incumbir o jurista Cocceio de preparar um projeto de código civil para os seus Estados, exprimia a idéia de que o novo direito prussiano devia se fundar "na razão" (*auf die Vernunft*) e constituir um *jus certum et universale*. Similarmente, o artigo I (depois suprimido na redação definitiva) do projeto preliminar para o Código Civil francês declarava:

> Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens.

(Notemos como a expressão *raison naturelle** deste artigo requer, ou antes traduz fielmente a expressão de Gaio "naturalis ratio": a continuidade histórica do direito natural se exprime através dessa terminologia que — também assumindo significados diversos — permanece inalterada através dos séculos.)

Quando os exércitos da França revolucionária ocuparam uma parte da Alemanha, aí difundiram o Código de Napoleão que, pelo fato de adotar o princípio da "igualdade formal" de todos os cidadãos (isto é, o princípio da sua igualdade perante a lei, a despeito de suas posições econômico-sociais diversas) constituía uma inovação autenticamente revolucionária num país ainda semifeudal como era a Alemanha daqueles tempos, onde a codificação prussiana de 1797 conservava ainda a

distinção da população em três castas ou "estados": nobreza, burguesia e campesinato. Entre os muitos fermentos provocados na Alemanha pela ocupação napoleônica houve um movimento que propugnava a criação de um direito único e codificado para toda a Alemanha (seja estendendo a aplicação do próprio Código de Napoleão, seja redigindo um apropriado ao seu modelo), de maneira a eliminar as graves dificuldades que a pluralidade e o fracionamento do direito causavam na prática jurídica.

Tais propósitos suscitaram a oposição dos meios conservadores que, em nome da defesa das características nacionais da civilização alemã, defendiam na realidade os privilégios que uma legislação de tipo francês teria ameaçado. Desta oposição se fez porta-voz Rehberg (típico conservador alemão reacionário) que, em 1813, escreveu um artigo intitulado *Sobre o Código de Napoleão e a sua introdução na Alemanha.*

Tal escrito provocou uma apreciação crítica surgida, em 1814, nos *Anais de Heidelberg*. A apreciação era anônima, mas seu autor era um dos maiores juristas alemães da época, Antonio Frederico Justo Thibaut (1772-1840; da mesma geração, portanto, de Hugo, nascido em 1774, e de Savigny, nascido em 1779).

Thibaut havia escrito, em 1798, uma obra intitulada *Sobre o influxo da filosofia na interpretação das leis positivas.* Devido ao título desta obra a escola que corresponde a esse autor é chamada de "escola filosófica", mas se trata de uma denominação totalmente imprópria, visto que tal escola poderia ser chamada mais propriamente de "positivista". Na verdade, se se ler atentamente a obra ora citada, ver-se-á que seu autor não pretende em absoluto fazer sobreviver as idéias do jusnaturalismo nos velhos moldes (que contrapunha o verdadeiro direito, aquele imutável porque fundado na razão, ao direito mutável produzido pelo desenvolvimento histórico); Thibaut, ao contrário, refuta a idéia segundo a qual se possa deduzir um sistema jurídico inteiro de alguns princípios racionais *a priori.* Por "influxo da filosofia na interpretação do direito", Thibaut entendia algo muito mais simples (e mesmo mais banal, poderíamos acrescentar, para o que não era necessário incomodar o termo "filosofia"). Empregando uma linguagem moderna, podemos dizer que o autor tencionava pôr em evidência a incidência do raciocínio lógico-sistemático na interpretação do direito. Para interpretar uma norma, dizia ele, não basta conhecer como ela é formada, é necessário também relacioná-la com o conteúdo das outras normas; é preciso, portanto, analisá-la logicamente e enquadrá-la sistematicamente (não por acaso,

Thibaut escreveu, em 1799, uma outra obra significativamente intitulada *Sobre a interpretação lógica das leis,* da qual existe uma antiga tradução italiana, Nápoles, 1872).

Thibaut, de resto, não assumia absolutamente uma atitude extremista. Para ele, a interpretação "filosófica" (isto é, lógico-sistemática) não se contrapõe à interpretação histórica, mas a integra. Procurava, portanto, assumir uma posição moderada, de conciliação, entre história e razão — como resulta desta afirmativa:

> Sem filosofia não há realização de nenhuma história; sem história nenhuma aplicação segura da filosofia.

(Esta formulação nos traz à mente a posição de um grande filósofo italiano da história e do direito, G. B. Vico, segundo o qual no estudo da história é necessário unir "filosofia" e "filologia".)

A Thibaut, portanto, importava não ressuscitar o jusnaturalismo, mas construir um sistema do direito positivo. De fato, ele escreveu, em 1803, um *Sistema do direito das Pandectas (System des Pandektenrechts),* que representa a primeira tentativa de ordenar sistematicamente o direito positivo (especialmente o privado). Pouco depois (1807) surgiu uma obra análoga de Heise: *Fundamentos de um sistema do direito civil comum (Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts).* Essas duas obras representam os primórdios daquela escola alemã que, na primeira metade do século XIX, sistematizou cientificamente o direito comum vigente na Alemanha e que leva o nome de "escola pandectista".

A definição mais exata da posição de Thibaut foi dada por Landsberg, que, na sua monumental *História da ciência jurídica alemã,* chama o pensamento desse autor de *positivismo científico* (*wissenschaftlicher Positivismus*).

15. A polêmica entre Thibaut e Savigny sobre a codificação do direito na Alemanha.

Retornando à apreciação do artigo de Rehberg escrita por Thibaut, este afirma entre outras coisas:

> Os alemães estão há muitos séculos paralisados, oprimidos, separados uns dos outros por causa de um labirinto de costumes heterogêneos, em

parte irracionais e perniciosos. Justamente agora se apresenta uma ocasião inesperadamente favorável para a reforma do direito civil como não se apresentava e talvez não se apresente mais em mil anos (. . .). A convicção de que a Alemanha esteve até agora enferma de muitas moléstias graves, de que pode e deve melhorar, é universal. O precedente domínio francês muito contribuiu para isso. Ninguém que queira ser imparcial pode negar que nas instituições francesas estão encerradas muitas coisas boas e que o *Código* e as discussões e os discursos a respeito dele, assim como o código prussiano e o austríaco, trouxeram para nossa filosofia mais vitalidade e arte civilista que as acaloradas discussões dos nossos tratados sobre direito natural. Se agora os príncipes alemães concordassem com a redação de um código geral alemão civil, penal e processual e empregassem por apenas cinco anos aquilo que custa um meio regimento de soldados, não poderíamos deixar de receber algo de notável e sólido. A contribuição de um tal código seria incalculável (Landsberg, *op. cit.,* vol. III, p. 79).

Thibaut, depois deste escrito polêmico, retornou à discussão da codificação do direito com um ensaio que apareceria poucos meses depois intitulado *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* (Heidelberg, 1814). Este ensaio, muito importante porque exprime a posição da chamada "escola filosófica do direito" e porque provocou, por parte de Savigny, a tomada de posição em contrário, começava falando do renascimento da nação alemã, fazendo o elogio do povo alemão e indagando o que deveriam fazer os príncipes para favorecer esse processo de renovação. Uma das principais tarefas que o autor atribui aos soberanos alemães é precisamente a de promover a codificação do direito:

> Sou de opinião que o nosso direito civil (. . .) necessita de uma transformação rápida e completa e que os alemães não poderão se tornar felizes nas suas relações civis a não ser que todos os príncipes alemães, reunindo suas forças, procurem redigir um código válido para toda a Alemanha e que escape do arbitrariedade dos Estados independentes[1].

Thibaut prossegue ilustrando os dois requisitos fundamentais que uma boa legislação deve apresentar, isto é, a *perfeição formal* e a *perfeição substancial.* A legislação deve ser perfeita formalmente, isto é,

[1] Citação do volume *Thibaut und Savigny,* Berlim, 1914, que por ocasião do centenário da disputa reúne todos os escritos mais importantes sobre a discussão. A passagem transcrita está na p. 41.

deve enunciar as normas jurídicas de modo claro e preciso; e deve ser perfeita substancialmente, isto é, deve conter normas que regulem todas as relações sociais. Na Alemanha, infelizmente, afirma o autor, não existe nenhuma legislação que apresente tais requisitos. Não os apresenta o direito de origem germânica, que é insuficiente, obscuro e primitivo, não os apresenta o direito canônico, que é inculto e difícil de ser interpretado; tampouco os apresenta o direito comum romano, que é complicado e incerto (Thibaut observa como Justiniano, ao compilar o *Corpus,* havia deformado o genuíno pensamento dos juristas clássicos, cuja reconstrução, pelos estudiosos modernos, ocasionou infinitas controvérsias e é, portanto, fonte de incerteza). Diante dessa desoladora situação do direito alemão, Thibaut afirma a necessidade de uma legislação geral, isto é, de uma codificação propriamente dita, e enuncia as vantagens desta seja para os juízes, seja para os estudiosos do direito, seja para os simples cidadãos; a codificação, por outro lado, traria também algumas vantagens políticas, visto que daria uma impulso decisivo à unificação da Alemanha.

O autor prevê também as objeções que poderiam ser movidas contra seu projeto, especialmente aquela segundo a qual a codificação é algo *não-natural,* pois constituiria uma espécie de camada de chumbo imposta à vida do direito, que lhe secaria as fontes e lhe paralisaria o desenvolvimento (e de fato esta será a objeção levantada por Savigny). Thibaut responde afirmando que, na realidade, nos assuntos importantes para a vida social, as variações do direito são muito menores do que se pensa:

> Muitas partes do direito civil são, por assim dizer, somente uma espécie de pura matemática jurídica em cuja posição não pode ocorrer nenhum influxo decisivo, como a doutrina da propriedade, da sucessão, as hipotecas, etc. (*ob. cit.,* p. 62).

Thibaut retoma aqui um tema tipicamente iluminista, afirmando que nos institutos fundamentais do direito se encontra uma disciplina universal (que tem sua justificação na universalidade da natureza humana); e assim subverte a clássica argumentação da escola histórica. Enquanto para esta a codificação (tendendo a impor um direito universal) é algo artificial e arbitrário, para Thibaut, ao contrário, as diversidades locais do direito não têm nada de natural, sendo unicamente devidas ao arbítrio dos vários príncipes que impõem tais diversidades.

A inspiração iluminista de Thibaut pode ser vista claramente nas últimas páginas de seu escrito, onde ele entra numa polêmica contra a excessiva reverência para com a tradição, afirmando que o homem não deve ser súcubo dela, devendo sim superá-la e renová-la. E conclui esta sua peroração com a citação do mote: *sapere aude*. Estas palavras, de Horácio, foram tornadas célebres pelos escritores mais sem preconceitos do iluminismo, que as consideraram como o grito de batalha do própro iluminismo, assumindo-as — em contraposição à admoestação de Paulo (*Romanos* 11:20): "noli autem sapere, sed time" — como um chamamento e um convite à coragem intelectual, como um incitamento a não se deixar prender pelas formas tradicionais do saber e enfrentar com a própria razão todos os problemas.

Antes de Thibaut, tal mote foi adotado por Kant, que, num texto de 1784 intitulado *O que é o iluminismo?* (*Was ist Aufklärung?*), escreveu:

> *O iluminismo é a saída do homem do estado de minoridade que deve imputar a si mesmo. Minoridade* é a incapacidade de se valer do próprio intelecto sem a orientação de um outro. *Imputável* a si mesma é essa minoridade, se a sua causa não depende da deficiência de inteligência, mas da falta de decisão e de coragem de fazer uso do próprio intelecto sem ser guiado por um outro. *Sapere aude!* Tenha a coragem para servir-te da *tua própria* inteligência! É este o mote do iluminismo (Kant, *Escritos Políticos*, UTET, 1956, p. 141).

(Com referência ao uso do mote *"sapere aude"* na cultura iluminista, houve recentemente um interessante debate na *Revista Histórica Italiana* entre dois professores da Universidade de Turim, Venturi e Firpo. Venturi encontrou tal máxima gravada numa medalha cunhada em 1736 pelo Círculo dos Aletófilos de Berlim; Firpo a encontrou já citada um século antes por parte do francês Gassendi, filósofo epicurista, através de um diário de seu amigo, Sorbière, que afirma que Gassendi a citava para exprimir a própria postura filosófica.)

Voltando ao escrito de Thibaut, o seu aparecimento suscitou uma ampla discussão, determinando uma tomada de posição em sentido contrário por parte de Savigny, que, no mesmo ano (1814), publicou seu opúsculo *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência* (já citado no fim do §13). Savigny nasceu em 1779 e quando publicou este escrito já era conhecido como um dos maiores juristas alemães de seu tempo. Em 1803, havia publicado o *Tratado sobre a posse*, uma de suas principais monografias, e, em 1810, foi chamado para ensinar na Universidade de Berlim.

Nesse seu livreto (importante porque contém a primeira enunciação das teorias da escola histórica), o autor declara não ser contrário à codificação do direito em geral, mas somente devido ao momento histórico particular em que se encontrava, então, a Alemanha. Sustentava que o seu tempo não estava maduro para uma obra de tal importância. Para justificar esta sua posição evoca uma afirmação de Bacon, segundo a qual se deve proceder à instauração de um novo sistema jurídico somente numa época em que o nível civil e cultural seja largamente superior ao nível das épocas precedentes:

> *Optandum esset ut hujusmodi legum instauratio illis temporibus suscipiatur, quae antiquioribus, quorum acta et opera tractant, literis et rerum cognitione praestiterint... Infelix namque res est, cum ex judicio et delectu aetatis minus prudentis et eruditae antiquorum opera mutilantur et recomponuntur*[1].

Assim, Savigny afirma que a Alemanha da sua época não se encontra em condições culturais particularmente felizes que possibilitem uma codificação, passando, ao contrário, por um período de decadência, principalmente no que diz respeito à ciência jurídica.

Se analisarmos um pouco mais a fundo o pensamento do autor, veremos entretanto que por trás da hostilidade frente à codificação por motivos históricos existe uma oposição propriamente dita de princípio. Para que, de fato, tal oposição não fosse absoluta, Savigny teria de indicar uma fase histórica favorável para uma obra de legislação geral; mas, segundo ele, uma tal época favorável não existe jamais. Não é realmente oportuno proceder à codificação numa época juridicamente primitiva — na qual o direito está em via de formação — visto que, assim fazendo, se bloquearia o processo natural de desenvolvimento e de organização do direito. Na fase de maturidade do direito, quando este passa das mãos dos sacerdotes ou do povo para as mãos dos juristas laicos (a saber, dos cientistas do direito), em tal fase a codificação seria possível, mas ela não é nem necessária nem oportuna porque as finalidades dessa busca são perfeitamente asseguradas pelo direito científico (isto é, pelo direito elaborado pelos juristas ou *Juristenrecht*). Numa época de declínio da cultura jurídica, enfim, a codificação é danosa, porque cristaliza e perpetua um direito já decadente; assim, a compilação justiniana transmitiu aos pósteros o direito romano não na sua pureza clássica, mas tal qual já vinha se corrompendo nos últimos séculos do Império.

[1] Esta passagem de Bacon encontra-se no pequeno tratado *De Fontibus juris*, af. 64.

Ora, segundo Savigny, também a Alemanha, no início do século XIX, encontrava-se numa época de decadência da cultura jurídica; por isto, a codificação, em lugar de remediar os males universalmente lamentados, os teria agravado e perpetuado. Para remediar o estado de coisas existente era ao contrário necessário, segundo o autor, promover vigorosamente o renascimento e o desenvolvimento do direito científico, isto é, a elaboração do direito por obra da ciência jurídica. Assim, de fato, ele conclui seu opúsculo, fazendo referência aos propósitos de Thibaut:

> Quanto ao objetivo, estamos de acordo: queremos o fundamento de um direito não dúbio, seguro quanto às usurpações da arbitrariedade e dos assaltos da injustiça, este direito igualmente comum a toda a nação, e a concentração de seus esforços científicos. Para esta finalidade desejam um código, que, contudo, a uma metade somente da Alemanha traria a ansiada unidade, enquanto que a outra metade ficaria ainda mais aviltada. Quanto a mim, vejo o ponto de equilíbrio numa ciência do direito organizada, progressiva, que pode ser comum à nação toda. (*Da vocação, ob., cit.*, pp. 201, 202).

Para Savigny, as fontes do direito são substancialmente três: o direito popular, o direito científico, o direito legislativo. O primeiro é próprio das sociedades na sua formação; o segundo das sociedades mais maduras; o terceiro das sociedades em decadência. Ele sustentava, portanto, que o único modo de reverter o plano inclinado da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, enquanto o mais certo efeito da codificação seria o de tornar ainda mais grave a crise da ciência jurídica na Alemanha.

CAPÍTULO III

O CÓDIGO DE NAPOLEÃO E AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO NA FRANÇA

16. O significado histórico do Código de Napoleão. A codificação justiniana e a napoleônica.

Em 1804, entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Hoje estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a idéia da codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado. Por outro lado, não se trata de uma condição comum a todo o mundo e a todos os países civilizados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental.

Podemos dizer que são duas as codificações que tiveram uma influência fundamental no desenvolvimento de nossa cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica. Na obra de Justiniano foi fundada a elaboração do direito comum romano na Idade Média e na Moderna; o Código de Napoleão teve uma influência fundamental na legislação e no pensamento jurídico dos últimos dois séculos, porque os códigos de muitos países foram modelados com base nele. Basta recordar a codificação belga e as várias codificações ocorridas na Itália. (Na mesma época em que aparece o Código de Napoleão houve também codificações em outros países, a saber, na Prússia e na Áustria. Mas o código prussiano —

alguns anos anterior ao francês — não teve particular significado histórico, sendo todo dirigido ao passado; e também o código austríaco — publicado em 1811 — tem importância secundária, quando se considera a influência que exerceu na legislação de outros países.)

Ainda que tenhamos comparado a codificação justiniana à napoleônica, não é necessário crer que possuam caracteres idênticos. Somente com a legislação napoleônica temos um código propriamente dito, tal como o entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas. O *Corpus juris civilis* é, ao contrário, uma coletânea de leis anteriores; mesmo o *Digesto* (uma de suas quatro partes) não é de fato um código, mas antes uma antologia jurídica, sendo constituído por trechos (ditos "fragmentos") dos principais jurisconsultos romanos, distribuídos por matéria e geralmente ligados entre si e adaptados às exigências da sociedade bizantina pelo sistema das "interpolações" (isto é, acréscimos, modificações ou cortes feitos pelos compiladores).

Os franceses estão plenamente cientes do significado do seu Código e, em 1904, por ocasião do centenário de sua promulgação, publicaram uma obra, em dois volumes, intitulada *Le Livre du Centenaire*, para a qual contribuíram todos os maiores juristas da França, sendo nessa obra precisamente celebrada a importância histórica da codificação napoleônica. Na Introdução desta publicação, o historiador da Revolução Francesa, Albert Sorel, entoa um hino ao Código e a Napoleão, que havia desejado tal código, considerando esta obra legislativa como a obra maior de Bonaparte (aliás, o próprio Napoleão costumava reiterar que o Código era, em relação à sua obra política, o que seria imorredouro).

17. As concepções filosófico-jurídicas do iluminismo inspiradoras da codificação francesa. As declarações programáticas das Assembléias revolucionárias.

Vimos, falando da polêmica sobre a codificação na Alemanha entre a escola filosófica e a escola histórica, como a exigência da codificação nasceu de uma concepção francamente iluminista, como demonstra o mote *sapere aude* citado por Thibaut. Também na França (e, na verdade, com maior razão, visto ser este país a pátria maior do iluminismo) a idéia da codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as idéias iluministas se

encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. É, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a idéia de codificar o direito adquire consistência política.

Este projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a idéia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação. Trata-se de uma exigência que, na França, era particularmente sentida (até atingir extremos de paroxismo), porque a sociedade francesa não possuía um único ordenamento jurídico civil, penal e processual, mas uma multiplicidade de direitos territorialmente limitados. Em particular, era dividida em duas partes: a setentrional, onde estavam vigentes os costumes locais (*droit coutumier*), e a meridional, onde vigorava o direito comum romano (*droit écrit*). Ora, a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela *ciência da legislação*, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito "fenomênico" e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito. Pois bem, a natureza profunda, a essência verdadeira da realidade, é simples e suas leis são harmônica e unitariamente coligadas; por isto, também o direito, o verdadeiro direito fundado na natureza, podia e devia ser simples e unitário.

Essa concepção jurídica representa um aspecto daquele *retorno à natureza*, daquele contraste entre natureza e história, que é típico do pensamento iluminista; tal postura tem a sua mais peculiar expressão em Rousseau, que em sua obra-prima, o *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens,* considerou a civilização e os seus costumes como a causa da corrupção do homem que é "naturalmente bom". Inspirando-se precisamente nas concepções de Rousseau e iluministas em geral, os juristas da Revolução Francesa se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais humanas. Dissemos anteriormente

que, segundo esses juristas racionalistas, sendo a natureza das coisas simples e unitária, também o direito devia ser como tal: insistiram sobretudo na simplicidade, até transformar esta exigência num mito propriamente dito. O mote deles é: *poucas leis*. A multiplicidade das leis é fruto de corrupção.

Esta idéia (ou esta ilusão) da simplicidade deflui claramente dos numerosos documentos da época revolucionária. Assim, por exemplo, Saint-Just (cujos apontamentos político-filosóficos — que deviam servir na composição de um estudo sobre as *Instituições republicanas* — foram publicados há alguns anos pelas Edições Einaudi com o título *Fragmentos das instituições republicanas*) escreve nesses seus *Fragmentos:*

> As longas leis são calamidades públicas. A monarquia se afogava nas leis; e visto que todas as paixões e as vontades dos senhores se tornavam leis, não havia mais entendimento.
>
> São necessárias poucas leis. Onde elas são muitas, o povo é escravo . . . Aquele que dá ao povo demasiadas leis é um tirano (*op. cit*, p. 45).

A idéia da codificação breve, simples e unitária é expressa em vários textos legislativos e projetos de lei do período revolucionário. Já na *Lei sobre o ordenamento judiciário* de 16 de agosto de 1790 (título II, art. 19) está disposto:

> As leis civis serão revistas e reformadas pelos legisladores e será feito um código geral de leis simples, claras e adaptadas à constituição.

O princípio da codificação era, depois, diretamente consagrado na Constituição (aprovada pela Assembléia constituinte) de 5 de setembro de 1791. No fim do Título I (intitulado *Disposições fundamentais garantidas pela Constituição* e colocado em seguida às Declarações dos Direitos) é, com efeito, estabelecido:

> Será feito um código de leis civis comuns a todo o reino.

O mesmo princípio está contido no art. 85 (intitulado *Da justiça civil*) da Constituição de 24 de junho de 1793 (a segunda das três principais Constituições da Revolução):

> O código de leis civis e criminais é uniforme para toda a república.

A idéia segundo a qual, uma vez vigente a codificação, o direito se tornaria simples, claro e acessível a todos, foi expressa de modo particu-

larmente veemente e significativo, num debate de 1790 na Assembléia constituinte pela instauração dos *júris populares* (isto é, daquela instituição judiciária composta não de juízes togados, mas de simples cidadãos, que deveriam julgar sobre questões de fato, especialmente nas causas penais. Trata-se de uma instituição de inspiração democrática). Siéyès, para aduzir um argumento a favor de tal instituição, sustenta que, no dia em que a codificação vigesse, o procedimento judiciário consistiria somente de um *juízo de fato* (isto é, em assegurar que fossem verificados os fatos previstos pela lei), visto que o direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* (a saber, a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria qualquer dificuldade, já que todas as questões de direito que o juízo tradicionalmente comportava (e que exigiam a intervenção de técnicos do direito) eram exclusivamente fruto da multiplicidade e da complicação irracional das leis. Portanto, com a vigência da codificação, afirmava Siéyès, qualquer cidadão poderia ser eleito membro da instituição dos júris populares; nesta expectativa, ele propunha no art. 84 um projeto de lei por ele apresentado (e que nunca foi aprovado), segundo o qual fossem elegíveis como juízes populares somente as pessoas peritas em direito:

> No presente e enquanto a França não for liberada dos diferentes costumes que a dividem e um novo código *completo* e *simples* não for promulgado para todo o reino, todos os cidadãos conhecidos com o nome de juristas (*gens de loi*) e atualmente empregados nesta qualidade serão por direito inscritos no registro dos elegíveis para o júri.

O art. 32 deste mesmo projeto reiterava o princípio programático da codificação:

> Os legisladores subseqüentes se preocuparão em dar aos franceses um novo código uniforme de legislação e um novo procedimento, reduzidos um e outro à sua mais perfeita simplicidade.

18. Os projetos de codificação de inspiração jusnaturalista: Cambacérès.

Após ter examinado o clima filosófico e ideológico no qual nasce a idéia da codificação, vejamos agora como tal idéia foi realizada, depois

de uma série de tentativas que não atingiram resultados definitivos. Neste estudo descreveremos como o *Código Civil,* na sua realização, se distanciou progressivamente da inspiração originária, francamente iluminista e jusnaturalista, para, em lugar disso, se reaproximar decisivamente da tradição jurídica francesa do direito romano comum.

O projeto definitivo, aprovado em 1804, foi precedido por alguns outros projetos, nascidos no clima da Convenção e, portanto, ainda com um caráter nitidamente iluminista, os quais, porém, como foi indicado, nunca foram aprovados. O protagonista desta primeira fase da história da codificação francesa foi Cambacérès (1753-1824). Tratava-se de um jurista e ao mesmo tempo um político prudente, tanto que soube atravessar ileso toda a Revolução e conseguir um posto eminente no período do Império. Foi primeiramente magistrado em Montpellier e depois advogado em Paris, onde foi eleito membro da Convenção e, nesta qualidade, foi um dos "regicidas", isto é, participou da sessão da Convenção que decidiu pela condenação à morte de Luiz XVI. Mas, embora sendo um radical, Cambacérès não era um extremista fanático, tanto que foi opositor de Robespierre, o que, considerando-se a queda deste último, fez com que não corresse qualquer perigo; permaneceu um pouco à sombra durante o Diretório, retornando, porém, bem depressa ao primeiro plano, já que, depois do golpe de Estado de Napoleão do 18 Brumário, foi nomeado segundo-cônsul; e quando Napoleão, o primeiro-cônsul, foi coroado Imperador, ele foi nomeado arquichanceler do Império. Cambacérès permaneceu fiel a Bonaparte, mesmo durante os Cem Dias, assumindo nesse breve período o posto de presidente da Câmara dos Pares; essa fidelidade lhe custou três anos de exílio, depois da queda definitiva do Imperador (1815-1818), após o que pôde retornar a Paris, onde viveu tranqüilamente até sua morte, ocorrida em 1824.

Durante a Convenção e o Diretório, Cambacérès apresentou, em menos de quatro anos, três projetos de código civil de inspiração jusnaturalista. Para darmos uma idéia das concepções jurídicas deste personagem, relataremos o que ele disse por ocasião do debate (mencionado no parágrafo precedente) sobre a instituição dos júris populares. E assume uma posição bastante afim com aquela de Siéyès, sustentando que à seqüência da codificação as questões de direito teriam perdido toda importância:

> Observem, cidadãos, que uma das grandes objeções contra a medida que aqui proponho é a impossibilidade de separar o fato do direito . . . Pois bem, respondo que no futuro os processos não apresentarão quase nunca pontos de direito a serem esclarecidos e que a maior parte será concluída pelo relatório de especialistas ou por uma prova testemunhal.

É também significativo o que Cambacérès afirmou em 4 de junho de 1793, por ocasião da apresentação de um projeto de lei seu pela equiparação dos filhos naturais aos legítimos (tratava-se de uma proposta radicalmente inovadora frente à tradição jurídica fundada no princípio da distinção entre filhos legítimos e filhos naturais. Inspirava-se, de fato, na concepção iluminista-revolucionária da família, fundada em três princípios: da igualdade dos cônjuges, da cômoda possibilidade de dissolver o matrimônio através do divórcio e da comunidade patrimonial entre os próprios cônjuges). Nesse seu discurso, afirmou ele:

> Existe uma lei superior a todas as outras, uma lei eterna, inalterável, própria a todos os povos, conveniente a todos os climas: a lei da natureza. Eis aqui o código das nações, que os séculos não puderam alterar, nem os comentadores desfigurar. É a ele apenas que é necessário consultar.

(Notemos como esta formulação tão explícita e intransigente evoca a célebre definição de Cícero do direito natural; e se observa, na afirmação segundo a qual tal direito é "conveniente a todos os climas", a estocada polêmica contra Montesquieu, segundo o qual até a diversidade do clima tem uma influência determinante sobre os regimes políticos e as leis.)

Cambacérès apresentou seu primeiro projeto de código civil em agosto de 1793, declarando que este se inspirava em três princípios fundamentais: reaproximação da natureza, unidade e simplicidade. Este projeto, que compreendia 719 artigos e se dividia em duas partes dedicadas, respectivamente, às *pessoas* e aos *bens*, inspirava-se na concepção individualista-liberal que pretendia garantir dois postulados fundamentais: a igualdade de todos os cidadãos perante a lei e a liberdade pessoal (que, no campo do direito privado, significava antes de mais nada liberdade contratual, em contraste com as inúmeras limitações criadas pelo regime corporativo medieval e pelo *Ancien Régime* ao livre câmbio comercial). Este projeto não foi muito adiante, seja porque naqueles tempos à Convenção *majora premebant,* sendo tais questões bem mais delicadas para a discussão, seja também porque tal projeto não encontrou a simpatia dos deputados, que o consideraram muito pouco

"filosófico" e demasiado "jurídico" (no sentido que concedia demais às particularidades técnicas caras aos juristas). Isto é tão verdadeiro que o projeto foi submetido a um exame realizado por uma comissão de filósofos.

O segundo projeto foi apresentado por Cambacérès em 9 de setembro de 1794 (um mês e meio depois da queda de Robespierre). Trata-se de um projeto menos técnico, mais simples (287 artigos), que o próprio autor qualifica de "código de leis fundamentais" (no sentido de que nele eram estabelecidos somente os princípios essenciais nos quais se deveriam inspirar seja os legisladores posteriores, seja os juízes para estabelecer a norma específica a ser aplicada no caso em exame). Ao apresentar este projeto, seu autor afirma que ele se inspira em três princípios fundamentais, correspondentes às três exigências que o homem tem na sociedade:

a) ser senhor da própria pessoa;
b) possuir bens para poder satisfazer as próprias necessidades;
c) poder dispor desses bens no interesse próprio e da própria família.

A estes três princípios correspondem as três partes do projeto dedicadas respectivamente às pessoas, aos direitos reais e às obrigações.

Também esse projeto teve pouca sorte. Dele foram discutidos apenas 10 artigos, depois do que o seu próprio apresentador percebeu que ele havia suscitado hostilidades demais e o deixou cair.

O terceiro projeto é apresentado por nosso personagem em 24 de junho de 1796, durante o Diretório, ao Conselho dos Quinhentos. Representa um passo avante (do ponto de vista da maior elaboração técnico-jurídica e da maior conformidade à experiência jurídica tradicional); ou, se se prefere, um passo atrás (do ponto de vista do abandono dos princípios do jusnaturalismo racionalista). Cambacérès realmente se deu conta de que a oposição dos juristas tradicionalistas (que, no clima moderado do Diretório, haviam readquirido voz em assembléia) tornava impossível a realização de um "código de natureza", simples e unitário, tal como ele havia almejado. O projeto de 1796 apresenta, portanto, por um lado uma maior elaboração técnica (compunha-se de 1.004 artigos) e, por outro, uma notável atenuação das idéias jusnaturalistas.

Também esse terceiro projeto não foi aprovado. Contudo, teve uma maior importância histórica, visto que foi o único dos três projetos

apresentados por Cambacérès que exerceu uma certa influência na elaboração do projeto definitivo do Código Civil (embora os membros da comissão preparatória tenham tentado obscurecer as relações de seu projeto com todos os anteriores).

Na pré-história do Código de Napoleão nos resta enfim indicar, apenas a título de curiosidade, um quarto projeto, obra quase exclusivamente pessoal do juiz Jacqueminot, que foi apresentado em 1799, mas não foi sequer discutido.

19. A elaboração e a aprovação do projeto definitivo: Portalis.

O projeto definitivo do Código Civil foi obra de uma comissão instalada por Napoleão, primeiro-cônsul, em 1800, e composta por quatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis.

O papel mais importante nesta comissão foi desempenhado por Portalis. Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807) era também ele, como Cambacérès, jurista e político, mas, diferentemente deste último, era um liberal moderado. Por suas posições políticas foi aprisionado por Robespierre, mas, durante o Diretório, atingiu uma posição política de destaque. Entretanto, em 1797, foi acusado (parece que injustamente) de ter feito contatos com os emigrados políticos e, para escapar à condenação, ficou por três anos no exílio (1797-1800); de volta à pátria, ascendeu ainda uma vez à ribalta política e foi senador e ministro durante o Consulado e o Império.

Durante o exílio, Portalis escreveu uma obra cujo título diz de imediato qual era a sua orientação (e, por reflexo, qual tinha sido a inspiração do Código de Napoleão). Esse escrito (publicado postumamente por conta dos filhos do autor, em 1820, e do qual foi também feita, algumas décadas depois, uma tradução italiana) se intitula *Do uso e do abuso do espírito filosófico durante o século XVIII*. O espírito filosófico ao qual o autor se refere é o espírito iluminista (os racionalistas, realmente, no século XVIII eram considerados os "filósofos" por antonomásia). Uma considerável parte dessa obra é dedicada à contestação do pensamento kantiano (com o qual Portalis havia feito contato durante o exílio, primeiro na Suíça e depois na Alemanha) e representa, portanto, a primeira crítica a Kant, do ponto de vista da mentalidade "latina" e, em particular, francesa. Nesse seu escrito, Portalis se concen-

tra naquilo que, segundo ele, foi o abuso do espírito filosófico, isto é, a crítica indiscriminada conduzida pelo racionalismo contra toda a cultura passada, crítica que levou à destruição da tradição, ao ateísmo e ao materialismo e à parte mais nefasta da Revolução Francesa (o autor apresenta páginas de esconjuramento do Terror, que antecipam os temas contra-revolucionários que são caros aos escritores da Restauração).

Essa obra (ainda que particularmente infeliz, devido à sua extensão e seu estilo pesado e verdadeiramente indigesto) tem um certo significado na história das idéias, porque representa o ponto de passagem da filosofia iluminista da Revolução para aquela (de inspiração espiritualista-romântica) da Restauração: a atitude filosófica de Portalis pode ser considerada a expressão desse *espiritualismo eclético* que teve os seus maiores expoentes em Victor Cousin e no italiano Rosmini. Lavollée, seu biógrafo, o compara com muita audácia a Chateaubriand.

A Comissão para a redação do projeto do Código Civil elaborou um projeto que foi submetido ao Conselho de Estado, onde foi discutido em sessões memoráveis, presididas pelo próprio Napoleão (57 dum total de 102 sessões). Ele participou ativamente do exame das disposições do Código, demonstrando saber encontrar a solução para as controvérsias levantadas com maior agudeza e prontidão pelos juristas consumados que constituíam o Conselho (é este um dos temas mais caros à hagiografia napoleônica; mas talvez se possa lembrar que a boa disposição do Primeiro-Cônsul em resolver as controvérsias jurídicas se devia não somente à sua percepção brilhante como também ao fato de sua palavra ser lei). Na medida em que os vários títulos do projeto eram aprovados, eram promulgados como leis separadas (34 no total). Foram coletadas posteriormente em 1804 e publicadas com o nome de *Code Civil des Français:* somente na segunda edição, de 1807, tomou o nome (com o qual foi transmitido à história) de *Code Napoléon* (Código de Napoleão).

O projeto definitivo abandonou decididamente a concepção jusnaturalista (que mesmo Cambacérès, então membro do Conselho de Estado, não defendia mais). O último resíduo de jusnaturalismo, representado pelo art. 1º do Título I (cujo texto já transcrevemos no parágrafo 14), foi eliminado depois de uma tórrida discussão no Conselho de Estado. O Código de Napoleão representa, na realidade, a expressão orgânica e sintética da tradição francesa do direito comum. Em particular, foi elaborado com base no *Tratado de direito civil,* de Pothier, o maior jurista francês do século XVIII. Esta derivação do Código francês a partir de Pothier foi posta em evidência especialmente por Fenet, que,

no seu estudo *Pothier e o Código Civil,* desenvolve um exame das passagens paralelas, demonstrando que as disposições do Código coincidem na maior parte dos casos com as soluções dadas por Pothier aos vários problemas jurídicos.

20. As relações entre o juiz e a lei segundo o art. 4º do Código Civil. O discurso preliminar de Portalis.

A passagem dos projetos revolucionários àquele redigido pela comissão napoleônica, para ser compreendida plenamente, deve ser enquadrada no seu contexto histórico, a saber, no desenvolvimento do movimento revolucionário da sua fase culminante dos anos da Convenção (1793-94) à fase da sua conclusão dos anos do Consulado (1800-1804). Os projetos inspirados nas idéias do jusnaturalismo racionalista representavam a Revolução no ponto culminante da parábola, quando esta queria fazer tábula rasa de todo o passado: o retorno à natureza, no que tais projetos se inspiravam, desejava precisamente ser um desafio ao passado, à disciplina jurídica que o direito romano, a monarquia francesa e as outras instituições tradicionais vinham criando ao longo dos séculos. Nas intenções da comissão napoleônica, em lugar disso, o novo código não deveria constituir um início, um ponto de partida absolutamente novo e exclusivo, mas antes um ponto de chegada e de partida ao mesmo tempo, uma síntese do passado que não deveria excluir a sobrevivência e a aplicação do direito precedente (costume e direito comum romano), ao menos em casos para os quais a nova legislação não estabelecesse alguma norma.

Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código. É de fato àqueles e não a estes que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico (é precisamente por sua incidência no desenvolvimento desta doutrina jurídica que estamos aqui nos ocupando da história do código francês).

As posições diversas de redatores e intérpretes do Código de Napoleão, quanto ao dogma ora lembrado, se deduzem do significado diverso que uns e outros atribuíam ao art. 4º do próprio Código (o único dos vários artigos de caráter geral contidos no projeto que foi mantido no texto legislativo). Este artigo dispõe:

O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.

Este artigo estabelece portanto que o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir (o assim chamado juízo de *non liquet*), argumentando com o fato de que a lei não oferece nenhuma *regula decidendi*. Em particular, tal artigo explica com três conceitos os casos que poderiam colocar o juiz em dificuldade:

a) *obscuridade* da lei: neste caso o juiz deve tornar clara, através da interpretação, a disposição legislativa que parece obscura;

b) *insuficiência* da lei, no momento em que esta não resolve completamente um caso, descurando a consideração de qualquer elemento: em tal caso o juiz deve completar o disposto legislativo (*integração* da lei);

c) *silêncio* da lei, quando esta se cala sobre uma determinada questão (é o caso típico das "lacunas", as quais, por outro lado, se verificam também no caso de insuficiência da lei): neste caso o juiz deve suprir a lei, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver a controvérsia em exame.

No caso do silêncio (e também da insuficiência) da lei, o problema fundamental é o seguinte: o juiz, que necessita de uma regra para suprir (ou integrar) a lei, deve buscar tal regra no *interior* do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no exterior desse sistema, deduzindo-a de um juízo pessoal de eqüidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo — o moral ou aquele do direito natural — distinto do sistema do direito positivo)? Os modernos teóricos do direito chamam a primeira solução de *auto-integração* e a segunda de *hetero-integração* do ordenamento jurídico. A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da *completitude* do ordenamento jurídico.

A solução que os redatores do art. 4º tinham em vista era, ao contrário, a segunda: deixar aberta a possibilidade da *livre criação do direito por parte do juiz*. Esta intenção resulta claríssima num célebre discurso feito por Portalis para apresentar o projeto do Código diante do Conselho de Estado, discurso do qual damos aqui o resumo e transcrevemos as passagens mais importantes para o nosso argumento[1].

O orador afirma, entre outras coisas, que *não se trata de simplificar até reduzir as leis a poucos princípios gerais*, visto que tal redução se verifica somente nos Estados despóticos onde

existem mais juízes e carrascos do que leis (*op. cit.*, p. 3).

(Notar-se-á como esta afirmação contraria os critérios inspiradores dos projetos que foram apresentados na Convenção; e mesmo o curioso raciocínio trazido para sustentá-la representa a inversão do raciocínio de Saint-Just que mencionamos no § 17.)

Mas, prossegue Portalis, não se trata tampouco de estabelecer um código que preveja todos os casos possíveis:

Seja lá o que se faça, as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida (*op. cit.*, p. 3);

e seja isto porque muitos indivíduos fogem necessariamente do legislador, seja porque, enquanto as leis não mudam, a vida social que estas leis devem regular está em contínuo desenvolvimento:

uma grande quantidade de coisas são, portanto, abandonadas ao império do uso, à discussão dos homens cultos, ao arbítrio dos juízes (*op. cit.*, p. 3).

Cabe, assim, ao juiz "penetrado pelo espírito geral das leis" decidir quanto a detalhes, aplicando os critérios estabelecidos pelas próprias leis. Assim, em todas as nações civilizadas, junto ao santuário das leis, se forma um conjunto de máximas, de decisões e de doutrina que constitui um verdadeiro suplemento desse santuário de leis. Parece desejável que todas as matérias fossem reguladas por leis, mas

[1] As citações foram extraídas do "Discours préliminaire du Premier Projet de Code Civil présenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneau et Maleville" (Discurso preliminar do Primeiro Projeto de Código Civil apresentado no ano IX pelos Srs. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneau e Maleville), contidos no *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat*, Paris, 1855, vol. I, pp. 1-23. (Coletânea completa dos discursos pronunciados por ocasião da apresentação do Código civil pelos diversos oradores do Conselho de Estado e do Tribunato.)

na falta de um texto preciso sobre cada matéria, *um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série não interrompida de decisões similares, uma opinião ou uma máxima adotada,* funcionam como lei. Quando não há relação nenhuma com aquilo que está estabelecido e é conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remonta-se *aos princípios do direito natural.* Pois, se a previdência dos legisladores é limitada, a natureza é infinita e se aplica a tudo que pode interessar aos homens (*op. cit.,* p. 4).

A integração da lei deve acontecer, prossegue Portalis, recorrendo-se ao juízo de eqüidade, com referência ao qual ele afirma (polemizando com aqueles que querem que as decisões do juiz, não só em matéria penal como também na civil, sejam sempre baseadas numa lei, já que a eqüidade é subjetiva e arbitrária):

O arbítrio aparente da eqüidade é ainda melhor do que o tumulto das paixões (*op. cit.,* p. 5).

(O orador se dá conta da relatividade do juízo de eqüidade fundado numa avaliação pessoal e subjetiva do juiz, mas considera preferível resolver uma controvérsia mediante a decisão de um juiz, que age conforme critérios racionais, do que deixá-la para as reações emotivas das partes em conflito.)

Que a intenção dos redatores do art. 4º fosse a de deixar uma porta aberta ao poder criativo do juiz ressalta claramente do teor do art. 9º do *Livro preliminar* do projeto (artigo que foi eliminado no texto definitivo por obra do Conselho de Estado):

Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de eqüidade. A eqüidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva.

(Nota-se como neste artigo, aliás no discurso de Portalis, distingue-se o direito civil do direito penal; é somente com referência ao primeiro que se admite o recurso a critérios diversos da norma positiva; o segundo, em lugar disto, deve ser fundado exclusivamente na lei, em homenagem ao princípio fundamental do pensamento jurídico iluminista-liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*, princípio que tende a garantir a liberdade do indivíduo contra os arbítrios do poder do Estado; em matéria penal, portanto, o caso de falta de uma norma positiva não pode se verificar, existindo a norma geral exclusiva segundo a qual tudo que não é proibido pela lei é permitido.)

Portalis, no seu discurso, repete quase literalmente o conceito de eqüidade expresso no art. 9º, ora citado (que, segundo parece, ele mesmo havia redigido):

Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. *Na falta da lei, é necessário consultar o uso ou a eqüidade. A eqüidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas* (*op. cit.,* p. 5).

A *ratio* do art. 4º do Código de Napoleão, na intenção dos seus compiladores, era a de evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isto em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação dos poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emanada de um grupo para combater um outro.

Os redatores do Código de Napoleão quiseram eliminar este inconveniente, ditando o art. 4º, que impunha ao juiz decidir em cada caso, e o art. 9º, que indicava os critérios com base nos quais decidir no silêncio ou, de qualquer maneira, na incerteza da lei. Eliminado o segundo artigo, o primeiro — considerado isoladamente e prescindindo dos motivos históricos que o haviam sugerido — é compreendido pelos primeiros intérpretes do Código de modo completamente diverso; isto é, é interpretado, assim, no sentido de que se deveria sempre deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias. Tal artigo, de fato, tem sido um dos argumentos mais freqüentemente citados pelos juspositivistas, para demonstrar que, do ponto de vista do legislador, a lei compreende a disciplina de todos os casos (isto é, para demonstrar a assim chamada completitude da lei).

É neste modo de entender o art. 4º que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil, conhecida como "escola da exegese" (*école de l'exégèse*); esta foi acusada de *fetichismo da lei*, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador.*

A esta escola se contrapôs, perto do fim do século passado, uma nova corrente, a chamada *escola científica do direito,* que criticou a fundo a escola anterior e, com ela, as concepções do positivismo jurídico.

21. A escola da exegese: as causas históricas do seu advento.

Na verdade, o art. 4º não desempenha a função de válvula de segurança que garanta o poder de criação do direito por parte do juiz, como era a intenção de seus redatores e, em particular, de Portalis; por outro lado, verificou-se aquele fenômeno histórico que Savigny, em 1814, escrevendo *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência,* havia previsto e receado quando a codificação vigorasse na Alemanha, isto é, a brusca interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica e, principalmente, da ciência jurídica e a perda por parte desta última de sua capacidade criativa. Isto acontece efetivamente na França com a *escola da exegese*, cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código, enquanto aquela que a sucedeu, a *escola científica*, assumiu este nome precisamente para destacar que se propunha uma elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendesse o próprio Código.

Se buscarmos as causas que determinaram o advento da escola da exegese, nos parecerá possível agrupá-las em cinco pontos:

a) A primeira causa é representada pelo *próprio fato da codificação.* Esta serve, com efeito, como uma espécie de prontuário para resolver, se não todas, ao menos as principais controvérsias. Como pôs em evidência Ehrlich em seu trabalho já citado (*A lógica dos juristas*), os operadores do direito (juízes, administradores públicos, advogados) procuram sempre a via mais simples e mais curta para resolver uma dada questão. Ora, é indubitável que, existindo um Código, a via mais simples e mais curta consiste em procurar a solução no próprio código, desprezando as outras fontes das quais se poderia deduzir uma norma de decisão (costume, jurisprudência, doutrina etc.), sendo o manuseio destas fontes mais complexo e difícil do que o do direito codificado.

b) Uma segunda razão é representada pela *mentalidade dos juristas* dominada pelo princípio de autoridade. O argumento fundamental

que guia os operadores do direito no seu raciocínio jurídico é o *princípio da autoridade*, isto é, a vontade do legislador que pôs a norma jurídica; pois bem, com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana. Essa mentalidade é expressa de maneira paradigmática pelo parecer formulado pelo Tribunal de Apelação de Rouen, com referência ao discurso preliminar de Portalis (do qual falamos amplamente no parágrafo anterior), discurso que foi distribuído juntamente com o texto do projeto do código para os órgãos judiciários superiores da França visando obter sua apreciação.

> Este discurso parece conceder demasiado espaço ao juiz. Não há necessidade de reclamar, de provocar, por assim dizer, as interpretações, os comentadores, a jurisprudência locais. Estes flagelos destruidores da lei, que primeiro a debilitam, depois a minam pouco a pouco e acabam por usurpar-lhe os direitos, reapareceram até depressa demais. Ai de nós em relação à época em que, como no passado, se buscará menos o que diz a lei do que aquilo que se a faz dizer! Onde a opinião de um homem . . . terá a mesma autoridade que a lei! Quando um erro cometido por um e sucessivamente adotado pelos outros, se converterá em verdade! Quando uma série de preconceitos coletados pelos compiladores, cegos ou servis, violentará a consciência dos juízes e sufocará a voz do legislador[1].

c) Uma terceira causa, que pode ser considerada como a justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, é representada pela *doutrina da separação dos poderes,* que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado — a legislativa, a executiva e a judiciária — a três órgãos constitucionais distintos). Com base nesta teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Mostesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei (nota-se como esta imagem reapareceu na expressão do Tribunal de Rouen, segundo o qual a reclamação por elementos normativos estranhos ao código *sufocaria a voz do legislador*).

d) Um outro fator de natureza também ideológica é representado pelo *princípio da certeza do direito*, segundo o qual os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as conseqüências de seu comportamen-

[1] Citação de: R. Saleilles, *Le Code Civil et la Méthode Historique*, em *Le Livre du Centenaire*, vol. I, p. 102.

to. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as conseqüências das próprias ações (recordem-se as célebres palavras ditas por Montesquieu e Beccaria a este respeito). A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.

A influência do princípio da certeza do direito na interpretação puramente exegética das normas jurídicas codificadas resulta claramente dos conceitos expressos por um filósofo do direito do século passado (que foi professor na Universidade de Turim), Matteo Pescatore, nos seus estudos sobre a *lógica do direito*[1]. Pescatore, detendo um elevadíssimo conceito do significado histórico da codificação, divide a história do direito em quatro épocas, a última das quais inicia com a Revolução Francesa e é constituída precisamente pela fase do direito codificado.

> A codificação é uma verdadeira revolução na ciência da legislação. Faz com que, ao mesmo tempo, todas as instituições jurídicas seculares e imemoráveis se manifestem. Ela é o triunfo da razão jurídica natural (*op. cit.*, Pref., p. 6).

Pescatore, depois de haver repetido no texto de sua obra esse conceito, define assim as relações entre codificação e ciência jurídica:

> A codificação . . . depura e estabelece nas ordens civis o predomínio seguro da razão jurídica natural, armada de lógica, ajudada e protegida pela legalidade . . . Não se pode supor, no entanto, que a codificação destrua todos aqueles elementos do passado que não adotou instantaneamente: não, ela só os faz desaparecer. Posteriormente, a doutrina, a lógica do direito, a jurisprudência os retomarão individual e serenamente em exame, restaurarão a nova vida e forma daqueles que não perderam toda razão de existir, incorporando-os e coordenando-os no novo organismo (*op. cit.*, p. 231).

A codificação representa, assim, uma etapa e não um compasso de espera no desenvolvimento do direito. A tarefa da doutrina é utilizar a tradição jurídica, trabalhando no interior da codificação, absorvendo tal tradição e incorporando-a no sistema legislativo. Pescatore chama de

[1] Ver: Matteo Pescatore, *A Lógica do Direito*, 2ª ed., Turim, UTET, 1883.

lógica do direito a ciência jurídica, precisamente porque sustenta que esta tenha somente uma tarefa puramente explicativa, e não criativa, e deva somente derivar conseqüências dos pressupostos que não são colocados pela própria ciência, mas exclusivamente pelo legislador; só assim, segundo esse autor, a doutrina jurídica pode garantir a segurança do direito. Realmente, no capítulo VII de sua obra, intitulado "Da lógica do direito e do princípio de legalidade", ele, após ter anteposto que a forma do direito é uma regra certa; a sua razão é aquele processo lógico que põe um princípio e dele deduz todas as conseqüências (*op. cit.*, p. 64),

> assim afirma: separado desta forma, o direito perde, por assim dizer, toda consistência objetiva e desaparece. Os cidadãos não encontram uma norma igual para todos, uma norma segura para seus atos civis; as disposições subjetivas dos juízes, os erros, as opiniões preconceituosas (se se tolhe a *juris ratio*, a forma lógica do direito, a regra certa) tomam o lugar do próprio direito. A inspiração se torna arbítrio e o arbítrio se torna beneplácito e favor, sempre injusto na administração da justiça, mesmo quando não seja torpemente viciado pela corrupção. Foi o gênio da jurisprudência que introduziu a lógica do direito e um admirável magistério impôs à justiça e à eqüidade a disciplina da razão jurídica (*op. cit.*, p. 65).

e) Um último — embora não menos importante — motivo é de natureza política. É representado pelas *pressões exercidas pelo regime napoleônico* sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito (as velhas Faculdades de Direito da Universidade haviam sido substituídas pelas *Escolas centrais* por obra da República, transformadas posteriormente sob o Império em *Escolas de Direito* e colocadas sob o controle direto das autoridades políticas), a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas (todas coisas inúteis, ou perigosas, aos olhos do governo napoleônico que, não esqueçamos, era nitidamente autoritário). A influência exercida pelo poder político no desenvolvimento das tendências positivistas é exemplarmente ilustrada pela mudança radical de orientação no próprio ensino ministrado entre 1804 e 1805 por um jurista da época, Morand. Segundo o que se diz num discurso comemorativo[1], esse jurista (que antes de ser um jurista fora um

[1] Trata-se da comemoração realizada em 1839 por Blondeau, decano da Faculdade de Direito de Paris, citada por Julien Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1924, nota 1, pp. 18-22, de quem transcrevi grande parte das informações e teses em torno da escola da exegese, no resto deste capítulo.

matemático) tinha, primeiramente, ensinado como titular de uma *cátedra de legislação* (que os próprios interessados não sabiam bem a qual disciplina se referia), uma espécie de teoria geral do direito (por ele chamada de direito natural), que pretendia individualizar "o modelo ideal de todas as leis positivas" (Bonnecase, *op. cit.*, p. 19). Pois bem, a despeito desses seus interesses nitidamente especulativos, entre 1804 e 1805, por ocasião da organização das Escolas de Direito, Morand "se converteu à exegese" e foi nomeado professor de Código Civil na escola de Paris. Como explica Blondeau,

> a missão dos primeiros professores dessas escolas era substituir o vago ensino criado pela lei de brumário por um ensino positivo e prático. Todos se compenetraram excessivamente desta missão; desprezaram a filosofia e a história . . . (*op. cit.*, p. 21).

Este *novo curso* era fruto de instruções precisas vindas do alto, tanto assim que, como narra Blondeau:

> um suplente que em Paris mantinha, entrementes, uma cátedra de direito romano, tendo ousado abandonar os planos de Heinécio e falar aos seus alunos das classificações de Bentham e da história de Hugo, recebeu uma reprimenda da autoridade superior e foi convidado a abster-se daí em diante das doutrinas alemãs (*op. cit.*, p. 21).

Podemos portanto concluir com Bonnecase:

> Deduz-se do discurso de Blondeau que o governo imperial quase que ordenou a exegese, tendo as Faculdades de Direito por primeiro objetivo lutar contra as tendências filosóficas que se manifestavam, precariamente, aliás, na maior parte do tempo, no curso de legislação das escolas centrais (*op. cit.*, p. 19).

O espírito e o método da escola da exegese são expressos por uma afirmação, que se atribui a um expoente secundário de tal escola, Bugnet, que teria declarado:

> Eu não conheço o Direito civil, eu ensino o Código de Napoleão (Bonnecase, *op. cit.*, pp. 29-30).

Seus alunos assim descrevem o modo no qual Bugnet concebeu e praticou a exegese no seu ensinamento:

> Partidário do método analítico, ele comentava o Código na sua ordem. Tomava cada artigo, o lia lentamente, o dissecava, para usar sua expressão original, salientava todas as palavras em destaque, depois, visando tolher à teoria o pouco de abstrato que ela possuía . . . dava um exemplo vivo, animado, atraente (Bonnecase, *op. cit.*, nota 1, pp. 30-31).

22. A escola da exegese: seus maiores expoentes e suas características fundamentais.

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.

A interpretação exegética, aliás, é sempre o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado *ex novo* pelo legislador (veja-se, por exemplo, *a escola dos glosadores*, que constitui na Idade Média a primeira fase do desenvolvimento do direito comum fundado na compilação justiniana).

Há um episódio característico que ilustra quanto era enraizada na mentalidade dos juristas franceses da primeira metade do século XIX a interpretação exegética. O primeiro estudo do Código de Napoleão no qual é abandonada a ordem legislativa com o intuito de seguir-se uma ordem diferente, fixada segundo critérios científicos, deve-se a um alemão, Karl S. Zachariae (homem de imensa cultura e de interesses multiformes, que se movia livremente da filosofia — foi inicialmente um kantiano de estrita observância — à história e ao direito; seu interesse pelo Código francês se explica, visto ter sido este muito difundido na Alemanha, devido à influência exercida pela ocupação napoleônica). Pois bem, quando o *Tratado sobre o direito civil francês* de Zachariae (uma das melhores obras sobre este assunto, por reconhecimento dos próprios franceses) foi traduzido pela primeira vez para o francês (como veremos, tal obra mereceu também uma segunda tradução mais importante), os tradutores (Massé e Vergé), para adequar a obra às concepções predominantes na França, abandonaram a ordem sistemática e retornaram à ordem do Código.

A história da escola da exegese (cujo conhecimento exige fundamentalmente a obra já citada de Bonnecase e a monografia *Les Interprètes du Code Civil,* de Charmont e Chausse, presente no *Livre du Centenaire*, vol. I) pode ser dividida, segundo Bonnecase, em três períodos: os primórdios (de 1804 a 1830), o apogeu (de 1830 a 1880) e o declínio (de 1880 em diante, até próximo do fim do século passado). Os maiores expoentes dessa escola, cujas obras apareceram precisamente durante a segunda fase de sua história, são:

— Alexandre DURANTON, que foi professor em Paris, e cuja obra fundamental é o *Curso de direito francês segundo o Código Civil (Cours de droit français suivant le Code Civil)* em 21 volumes publicados entre 1825 e 1837.

— Charles AUBRY e Frédéric Charles RAU (professores na Universidade de Estrasburgo), um binômio indissolúvel e cuja obra-prima é o *Curso de direito civil francês (Cours de droit civil français)* em 5 volumes, publicados na sua primeira edição entre 1838 e 1844. Esta obra suscitou muitas polêmicas acerca de sua originalidade e suas relações com o Tratado de Zachariae, porque nas suas duas primeiras edições foi apresentada como tradução deste último. Na realidade, nas edições posteriores foi passo a passo radicalmente reelaborada pelos dois autores franceses, de modo a constituir uma obra autônoma e original.

— Jean Ch. F. DEMOLOMBE, cujo *Cours de Code Napoleón*, em 31 volumes publicados entre 1845 e 1876, gozou nos seus tempos de uma fama extraordinária.

— E enfim TROPLONG, autor de *O direito civil explicado segundo a ordem dos artigos do Código,* uma obra em 27 volumes publicada a partir de 1833. Troplong é considerado o “filósofo”, isto é, o teórico da escola da exegese.

Os caracteres fundamentais da escola da exegese (tais como se dessume principalmente dos Prefácios das obras dos seus maiores expoentes e do enfoque dos problemas de particular interesse teórico, como aquele das fontes, do método de interpretação etc.) podem, segundo o tratado de Bonnecase, ser fixados em cinco aspectos:

a) *Inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo.* Diante da bimilenar tradição cultural dos juristas, filósofos, teólogos relativa ao direito natural, os expoentes da escola exegética se sentem um pouco intimidados e não ousam negar *sic et simpliciter* tal direito, mas dele desvalorizam a importância e o significado prático, reduzindo-o a uma noção desprovida de interesse para o

jurista. Assim, por exemplo, Aubry e Rau, embora não negando “a existência de certos princípios absolutos e imutáveis, anteriores e superiores a toda legislação positiva”, afirmam, todavia, que “o direito natural não constitui um corpo completo de preceitos absolutos e imutáveis”, visto que tais princípios absolutos são muito vagos e podem ser determinados somente pelo direito positivo, ao qual exclusivamente se deve dirigir o jurista; o mote de Aubry era: “*toda a lei . . . nada a não ser a lei*” (Bonnecase, *op. cit.,* pp. 161). Particularmente característica é a opinião de Demolombe, segundo a qual, embora existindo o direito natural distinto do positivo, ele é irrelevante para o jurista enquanto não for incorporado à lei:

> O jurisconsulto não deve se prender a um modelo mais ou menos perfeito, a um tipo mais ou menos ideal; . . . o direito natural, para ele, não é sempre o melhor, nem o mais excelente; mas o direito natural possível, praticável, realizável é aquele, sobretudo, que se conforma e se assimila melhor ao espírito, aos princípios e às tendências gerais da legislação escrita; e eis por que penso que é sempre nessa mesma legislação que é necessário atingir, diretamente ou indiretamente, todas as regras das soluções jurídicas (Bonnecase, *op. cit.*, nota 1, p. 170).

Demolombe efetua, pois, uma inversão tipicamente positivista das relações entre direito natural e direito positivo. Em lugar de mensurar a validade do direito positivo com base na sua conformidade com o natural, afirma que este último é tanto mais relevante quanto seja consagrado pelo primeiro. Esta inversão leva diretamente a uma formulação logicamente contraditória, no momento em que o autor diz que o direito natural não é necessariamente o melhor direito, dado que a própria definição de direito natural comporta a idéia da sua excelência e da sua superioridade relativamente ao direito positivo.

A escola da exegese impulsiona a concepção tradicional das relações entre direito natural e direito positivo também com respeito a um outro problema, o da aplicabilidade em via subsidiária do direito natural em caso de lacunas no direito positivo. Segundo a interpretação dada por Portalis no seu discurso preliminar (ver o § 20), o art. 4º do Código de Napoleão admitia tal função subsidiária do direito natural; mas a escola da exegese altera a interpretação desse artigo, afirmando que com base nele o juiz deve se fundar unicamente na lei para resolver quaisquer controvérsias. Assim Demolombe escreve:

> Parece-me que também em matéria civil, se o sujeito ativo não invocar, para sustentar sua pretensão, nada senão uma pura regra de direito natural, não sancionada sequer indireta ou implicitamente pela lei, o juiz não deverá dispensar-lhe o benefício de suas conclusões [isto é, não deverá acolher seu pedido];

e, depois de haver indicado alguns aspectos da interpretação do art. 4º, o autor conclui que, com base nele,

> o juiz não pode legalmente pretender que a lei não lhe proporciona os meios para resolver a causa que lhe é submetida (Bonnecase, *op. cit.*, p. 168).

A interpretação do art. 4º dada por Demolombe leva portanto a afirmar o princípio da completitude da lei.

b) Um segundo aspecto é representado pela concepção *rigidamente estatal do direito*, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele. Tal concepção implica no *princípio da onipotência do legislador*, do qual já falamos outras vezes; este princípio não coincide com a negação genérica do direito natural, porque importa também a negação de todo tipo de direito positivo diferente daquele posto pela lei, como o direito consuetudinário, o direito judiciário e principalmente o direito científico. As seguintes afirmações de Mourlon podem ser consideradas uma súmula das concepções do juspositivismo francês sobre o problema das fontes do direito:

> Para o jurisconsulto, para o advogado, para o juiz existe um só direito, o direito positivo . . . que se define: *o conjunto das leis que o legislador promulgou* para regular as relações dos homens entre si . . . As leis naturais ou morais não são, com efeito, obrigatórias enquanto não forem sancionadas pela lei escrita . . . Ao legislador só cabe o direito de determinar, entre regras tão numerosas e, às vezes, tão controvertidas do direito natural, aquelas que são igualmente obrigatórias . . . *Dura lex, sed lex; um bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei:* pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei, e eludir suas disposições, sob o pretexto de que a eqüidade natural a contraria, nada mais é do que prevaricar. Em jurisprudência não há, não pode haver razão mais razoável, eqüidade mais eqüitativa do que a razão ou a eqüidade da lei (Bonnecase, *op. cit.*, p. 150).

Fica portanto claro que, segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei; neste sentido um expoente de tal escola, D'Argentré, asseverava:

> *Stulta sapientia quae vult lege sapientior esse* (Bonnecase, *op. cit.*, p. 151).

c) Desta atitude diante da lei nasce um terceiro aspecto do positivismo jurídico francês: *a interpretação da lei fundada na intenção do legislador*. Trata-se de uma concepção da interpretação que tem uma grande importância na história e na prática da jurisprudência, sendo acatada até os nossos dias. É perfeitamente coerente com os postulados fundamentais da escola da exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como *a busca da vontade do legislador* naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas — estudo dos trabalhos preparatórios, da finalidade para a qual a lei foi emitida, da linguagem legislativa, das relações lógico-sistemáticas entre uma dada disposição legislativa e as outras disposições etc. — são empregadas para atingir tal propósito. Distingue-se a vontade do legislador em *vontade real* e *vontade presumida:* busca-se a vontade real do legislador no caso em que a lei disciplina efetivamente uma dada relação, mas tal disciplinamento não fica claro a partir do texto da lei (então se busca, mediante investigações de caráter essencialmente histórico, o que o autor da lei pretendia efetivamente dizer); busca-se, em contrapartida, a vontade presumida do legislador (o que se resolve, em última análise, numa ficção jurídica), quando o legislador se omitiu em regular uma dada relação (lacuna da lei). Então, recorrendo à analogia e aos princípios gerais do direito, procura-se estabelecer qual teria sido a vontade do legislador, se ele tivesse previsto o caso em questão.

Contrapõe-se à interpretação fundada na vontade do legislador perto do fim do século passado a interpretação fundada na *vontade da lei.* Enquanto o primeiro método se baseia numa concepção *subjetiva* da vontade da lei (entendida como vontade do legislador que a pôs historicamente), o segundo se baseia numa concepção *objetiva* da vontade da

lei (entendida como o conteúdo normativo que a lei possui em si mesma, prescindindo das intenções dos seus autores); enquanto o primeiro método liga a interpretação da lei ao momento de sua emissão e comporta, portanto, uma interpretação *estática* e *conservadora*, o segundo método desvincula a interpretação da lei do contexto histórico no qual ela surgiu e permite uma interpretação *progressiva* ou *evolutiva*, isto é, uma interpretação que leva em conta a mudança das condições histórico-sociais.

d) A identificação do direito com a lei escrita traz como quarto aspecto o *culto do texto da lei*, pelo qual o intérprete deve ser rigorosamente — e, podemos bem dizer, religiosamente — subordinado às disposições dos artigos do Código. Esta posição é exemplarmente expressa nas seguintes palavras de Demolombe:

> A minha máxima, a minha profissão de fé é: *os textos acima de tudo!* Eu publico um *Curso do Código de Napoleão;* tenho portanto por finalidade interpretar, explicar o próprio Código de Napoleão, considerado como lei viva, como lei aplicável e obrigatória, e a minha preferência pelo método dogmático não me impedirá de tomar sempre por base os próprios artigos da lei (Bonnecase, *op. cit.*, p. 129).

e) O último aspecto da escola da exegese, que devemos destacar, é o *respeito pelo princípio de autoridade*. A tentativa de demonstrar a justeza ou a verdade de uma proposição, apelando para a afirmação de um personagem cuja palavra não pode ser colocada em discussão, é permanente e geral na história das idéias. Basta lembrar o *Ipse dixit*, isto é, o apelar para o ensinamento de Aristóteles (o filósofo, por excelência), com o que até o início da Idade Moderna se tendia a resolver qualquer questão científica ou filosófica. No pensamento científico e filosófico moderno, o princípio de autoridade foi completamente abandonado — não faria sentido hoje apelar para a palavra de um mestre (por maiores que sejam os seus méritos) para demonstrar a validade de uma proposição.

O recurso ao princípio da autoridade é, entretanto, ainda comumente praticado no campo do direito, e, pelo contrário, tal princípio é de máxima importância para compreender a mentalidade e o comportamento jurídicos. Tal recurso não se deve a um mau hábito dos juristas (isto é, ao fato de o pensamento jurídico permanecer numa fase pré-científica), mas à própria natureza do direito, que é uma técnica de organização

social, que deve estabelecer, de modo obrigatório para todos os concidadãos, o que é lícito e o que não é. Se os juristas devessem proceder exclusivamente com base em afirmações racional ou empiricamente verificáveis, não poderiam cumprir sua função, visto que não seria sempre possível chegar a um juízo unânime, cientificamente fundado, sobre o que é lícito e o que não é. Por isto se torna necessário atribuir a uma pessoa qualquer o poder de estabelecer o que é justo e o que é injusto, de modo que sua decisão não possa ser colocada em discussão, e conseqüentemente os juristas possuem um seguro *ubi consistam* em seu raciocínio: este personagem é precisamente o legislador.

Ora, na escola da exegese o recurso ao princípio de autoridade é particularmente pronunciado não só pelo absoluto respeito que seus expoentes têm pela lei, como também pela grande autoridade da qual gozaram alguns dos primeiros comentadores do Código, cujas afirmações foram adotadas pelos juristas posteriores como se fossem outros tantos dogmas.

CAPÍTULO IV

AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO NA INGLATERRA: BENTHAM E AUSTIN

23. Bentham: traços biográficos. A inspiração iluminista de sua ética utilitarista.

Depois de haver ilustrado os movimentos filosófico-jurídicos mais significativos na Alemanha e na França, concluiremos com este capítulo nossa visão panorâmica sobre as origens do positivismo jurídico, examinando a contribuição dada pela Inglaterra para o surgimento desta doutrina.

Observamos o curioso destino da idéia da codificação: dela não houve vigência na Alemanha (no período histórico por nós examinado), porque os homens cultos que a ela eram contrários (principalmente Savigny, que podemos chamar de o teórico da anticodificação) conseguiram fazer prevalecer seu ponto de vista; na França houve codificação sem ter havido uma teoria da codificação (os juristas da Revolução propuseram de fato a codificação sem, entretanto, teorizá-la; e Montesquieu, o maior filósofo do direito do iluminismo francês, não pode, com certeza, ser considerado um teórico da codificação); na Inglaterra, pelo contrário, onde já no século XVII existiu o maior teórico da onipotência do legislador (Thomas Hobbes), não houve a codificação, mas foi elaborada a mais ampla teoria da codificação, a de Jeremy Bentham, chamado exatamente de o "Newton da legislação".

O pensamento de Bentham teve uma enorme influência em todo o mundo civilizado: na Europa, na América, até na Índia, mas não propriamente na Inglaterra. Na realidade, o destino histórico-cultural desse autor é menos paradoxal do que possa parecer. Se não foi seguido na Inglaterra, isto foi devido ao fato de que algumas influências que sofreu não eram inglesas, mas sim continentais, principalmente francesas. Seu pensamento, realmente, se insere na corrente do iluminismo. Sofreu, entre outras, a influência de um pensador italiano, Beccaria,

como demonstra não só sua idéia da soberania da lei e da subordinação a ela por parte do juiz (foi precisamente teorizada por Beccaria, cf. § 9) como também o próprio postulado fundamental de seu utilitarismo, que ele exprime com a fórmula: *a maior felicidade do maior número,* fórmula que repete quase literalmente a de Beccaria: *a maior felicidade dividida no maior número.*

Esta inspiração iluminista do pensamento de Bentham parece ser posta em dúvida pela sua nítida oposição ao jusnaturalismo, doutrina tipicamente iluminista. Na realidade, ele era contrário a essa doutrina somente porque parecia inconciliável com seu empirismo, originando-se da metafísica, fundada num conceito — o da *natureza humana* — não suscetível de um conhecimento experimental. Contudo, ele tem em comum com os filósofos racionalistas a idéia fundamental de que nasce o jusnaturalismo: a convicção da possibilidade de estabelecer uma *ética objetiva*, isto é, uma ética fundada num princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado, do qual se pode deduzir todas as regras para o comportamento humano, que passam assim a ter o mesmo valor das leis descobertas pelas ciências matemáticas e naturais (enquanto os fautores da *ética subjetiva* sustentavam que os critérios segundo os quais formulam-se os juízos de valor são fundados exclusivamente no próprio sujeito que julga e não são reconduzíveis a um princípio objetivamente verificável). A diferença entre Bentham e os jusnaturalistas consiste somente em que ele localiza esse princípio fundamental e objetivo não na natureza do homem, mas no fato empiricamente verificável de que *cada homem busca a própria utilidade*: a ética se torna assim o complexo das regras segundo as quais o homem pode conseguir a própria utilidade do modo melhor.

Todo a obra de Bentham é guiada pela convicção de que é possível estabelecer uma ética objetiva. É precisamente esta convicção que justifica sua fé no legislador universal, na possibilidade, portanto, de estabelecer leis racionais válidas para todos os homens; e também esta é uma idéia tipicamente iluminista (um racionalista francês, Helvécio, afirmara que as leis podem ser deduzidas de princípios certos como aqueles da geometria). O parentesco espiritual de Bentham com o pensamento jurídico dos iluministas franceses é claramente posto em evidência por estas suas afirmações, que fixam a qualidade essencial da lei na *clareza* e na *brevidade*, as mesmas qualidades nas quais haviam insistido os redatores franceses nos primeiros projetos de codificação (cf. os parágrafos 17 e 18):

> A finalidade da lei é dirigir a conduta dos cidadãos. Duas coisas são necessárias para o cumprimento desse fim: 1) que a lei seja clara, isto é, que faça nascer na mente uma idéia que represente exatamente a vontade do legislador; 2) que a lei seja concisa, de modo a se fixar facilmente na memória. Clareza e brevidade: eis as duas qualidades essenciais (*Traités de législation civile et pénale,* 1802, cap. XXXIII).

A postura iluminista de Bentham é também posta em evidência pelo seu comportamento diante da Revolução Francesa. Pertence, de fato, ao restrito grupo de intelectuais progressistas ingleses que (contrastando com a hostilidade geral suscitada na Inglaterra pelos acontecimentos na França — basta recordar a posição assumida por Burke, cf. § 12) simpatizaram com a primeira fase da Revolução, quando parecia que ela iria se limitar a introduzir na França o sistema constitucional próprio da Grã-Bretanha (mas diante dos acontecimentos posteriores — regicídio, proclamação da república etc. — mesmo esses intelectuais, Bentham inclusive, mudaram de postura). Em 1791, o nosso autor escreve para seus amigos da Assembléia Nacional um *Ensaio de tática política,* com o objetivo de comunicar aos franceses os resultados da experiência inglesa no campo da política constitucional; no mesmo ano enviou à Assembléia francesa um projeto de prisão moderna, que permitiria vigiar simultaneamente todos os detentos de um ponto de vista estratégico (e, como Bentham tinha não só a mania de inventar caracteres sociais, como também a de cunhar novos termos — se atribui a ele a introdução na língua inglesa dos termos *codification* e *international* —, esse projeto foi batizado por ele de *Panoptican*). Ao mesmo tempo ele criticava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (porque evocava as concepções do direito natural) e o projeto apresentado à Assembléia Nacional para a reorganização do poder judiciário.

Em agosto de 1792, a Assembléia legislativa concedeu a cidadania francesa a alguns intelectuais ingleses simpatizantes da Revolução, estando entre eles Bentham, que, todavia, acolhe tal honra com frieza, pois naquele momento seu entusiasmo pelo movimento revolucionário já tinha se apagado.

Bentham viveu de 1748 a 1832. Tinha um caráter um tanto misantrópico, vivia fechado nos seus pensamentos e nos seus estudos, pouco cultivava relações sociais e sua experiência de vida real era escassa. O maior estudioso inglês do utilitarismo, Stephen, diz que Bentham era "o mais não-prático (*unpractical*) dos filósofos que se

ocuparam de coisas práticas". É difícil indicar as obras principais de Bentham porque ele, que escrevia num fluxo contínuo, jamais se preocupou em publicá-las, os manuscritos circulando entre seus amigos e discípulos. Foi precisamente um destes, o suíço Dumont, que mantinha relações com o nosso filósofo desde 1778, que se devotou à publicação de suas obras, divulgando-as na Europa em língua francesa. Particular importância têm os *Traités de législation civile et pénale* (que reúnem os principais estudos benthamianos de filosofia do direito) publicados em 1802 e, numa segunda edição, em 1823. Finalmente, um outro discípulo de Bentham, o inglês Bowing, utilizando diretamente os manuscritos, publicou todas as obras de Bentham, em 11 volumes, entre 1838 e 1843. Poucos são os escritos de Bentham publicados logo depois de sua composição, e entre estes merecem particular menção: o *Fragmento sobre o governo (Fragment on government)* de 1776, a *Defesa da usura (Defence of usury)* de 1787 e a *Introdução aos princípios da moral e da legislação (Introduction to principles of morals and legislation)* de 1798. Neste último já está contido em grande parte o pensamento de Bentham, salvo quanto ao que se refere ao problema da codificação.

As concepções de Bentham relativas à codificação atingem completa maturação somente próximo de 1811, depois de um longo período de gestação, que pode ser dividido em três fases.

Num primeiro momento ele se propõe uma reforma e uma reorganização sistemática do direito inglês nos seus vários ramos. O direito inglês era — e ainda é — um direito não codificado, cujo desenvolvimento era confiado essencialmente ao trabalho dos juízes; tal direito, portanto, não se fundava em leis gerais, mas em "casos", segundo o sistema do precedente obrigatório. Era, assim, radicalmente assistemático, visto que não apresentava uma linha uniforme de desenvolvimento legislativo, mas antes uma pluralidade de linhas de desenvolvimento judiciário, sendo que cada uma delas se interrompia num certo ponto para ser substituída por uma outra, salvo sempre a possibilidade de que aquela precedentemente abandonada fosse retomada. Esta situação parecia intoleravelmente caótica à mente de um pensador racionalista como Bentham, que, depois de haver realizado os estudos jurídicos e haver empreendido a carreira forense, abandonou a atividade prática (mesmo porque se desgostou com o baixo nível moral nela existente), para se dedicar inteiramente ao estudo dos problemas fundamentais relativos à reforma legislativa. Comparamos, no princípio deste parágrafo, Bentham

com Hobbes. Há um outro fato característico que aproxima estes dois pensadores. Como Hobbes, no século XVII, sustentara suas concepções em favor da produção legislativa do direito contra um jurista, Coke, defensor da *common law*, do mesmo modo Bentham desenvolve sua crítica frente a esta última, entrando em polêmica com o maior estudioso do direito inglês de seu tempo, Blackstone, que fora seu mestre nos estudos universitários e que, em 1765, publicara os *Comentários sobre o direito comum inglês*, em que o sistema da *common law* era considerado com grande otimismo como perfeito, porque se fundava no e fazia valer completamente o direito natural.

Na segunda fase, Bentham projeta uma espécie de Digesto do direito inglês, que deveria conter, sistematicamente expostas, as regras de direito que constituíam os princípios fundamentais do ordenamento jurídico inglês.

Finalmente, na terceira fase (de 1811 em diante), Bentham projeta uma reforma radical do direito, mediante uma codificação completa, que deveria sistematizar toda a matéria jurídica em três partes: direito civil, direito penal e direito constitucional. Dos projetos de codificação por ele elaborados, é particularmente importante, além daquele do código penal, o do código constitucional, que contém os princípios nos quais se inspiraram as constituições democrático-liberais do século XIX. Politicamente, Bentham pode ser considerado o mestre do radicalismo democrático do século XIX.

A codificação projetada por Bentham (e que ele batizou primeiramente como *Pandikaion* e, num segundo momento, como *Pannomion*) deveria ser verdadeiramente universal, no sentido que deveria ter servido não apenas ao seu país, mas a todo o mundo civilizado. De fato ele procurou, sem sucesso na verdade, aplicar seus projetos de reforma entrando em contato com governantes e políticos de vários Estados, oferecendo seus projetos e seus serviços de reformador. Em 1811, escreveu ao presidente dos Estados Unidos, Madison, para lhe sugerir um projeto de renovação integral do sistema jurídico, fundado na *common law*, que a América havia herdado da Inglaterra. Em 1816 (cinco anos depois), o Presidente lhe respondeu mediante uma carta cortês de recusa, justificando-se com a afirmação de que seus poderes constitucionais não incluíam o transmitir ao Congresso as propostas enviadas pelo filósofo inglês. Com o governador da Pensilvânia Bentham teve mais sorte, pois ele transmitiu aos seus senadores o projeto

benthamiano acompanhado de uma mensagem; mas o Senado repeliu as propostas de reforma.

Posteriormente ele entrou em contato com o tzar Alexandre da Rússia, que constituíra uma comissão de juristas com a incumbência de proceder a uma coleta dos decretos e das resoluções imperiais (isto é, de compilar um código no sentido justiniano do termo); o tzar respondeu convidando o filósofo a pôr-se em contato diretamente com a comissão legislativa, proposta que ele repeliu desdenhosamente, porque, como veremos, nutria uma franca hostilidade pelas comissões legislativas compostas por juristas. Em 1820, por ocasião da revolução espanhola que estabeleceu as *Cortes* (órgão legislativo representativo), Bentham entrou em contato por carta com alguns políticos espanhóis, particularmente com o conde Toreno, propondo um projeto de reforma do direito penal; todavia, estes contatos permaneceram num plano puramente privado, sem qualquer conseqüência política considerável. Maior sucesso obteve com suas tentativas em relação a Portugal. Recebeu um agradecimento público por suas propostas, que foram submetidas ao exame das Cortes, mas a contra-revolução desmembrou as instituições parlamentares e, com elas, os projetos benthamianos de reformas.

Das ambições reformadoras de Bentham permaneceram assim somente os escritos que tratam deste problema, sendo os principais: os *Apontamentos sobre a Codificação e a Instrução Pública (Papers upon Codification and Public Instruction)*, de 1817; as *Cartas ao conde Toreno sobre o projeto de código penal*, publicadas em 1822; as *Propostas de codificação (Codification Proposals)*, de 1823, que são o principal ensaio para o conhecimento da teoria de Bentham a respeito da codificação; e enfim uma publicação da qual Dumont cuidou em 1823, na qual são refundidos vários dos seus escritos sobre esse tema, com o título *Da organização judiciária e da Codificação (De l'organisation judiciaire et de la Codification)*.

24. Bentham: a crítica à *common law* e a teoria da codificação.

Como já indicamos, os projetos de codificação de Bentham nascem da sua crítica radical ao sistema da *common law*, isto é, à produção judiciária do direito. Eis o que ele afirma a respeito no prefácio da *Introdução aos princípios da moral e da legislação:*

> O direito comum, como se diz na Inglaterra, o direito judiciário, como mais justamente se chama algures aquela composição fictícia que não tem nenhuma pessoa conhecida como seu autor, nem um conjunto conhecido de palavras como seu conteúdo, forma onde quer que seja a parte principal da construção legal: como aquele éter imaginário que, por falta de matéria sensível, permeia o universo. Pedaços e fragmentos do direito real, misturados naquela base imaginária, compõem o equipamento de qualquer código nacional. Com que conseqüência? Aquele que . . . deseja um exemplo de um corpo completo de leis a que referir-se deve começar por fazer um (*op. cit.*, p. XI).

Cinco são os defeitos fundamentais que Bentham individualiza na sua crítica à *common law*, como decorre da *Introdução* citada acima:

a) *Incerteza da common law*: o direito judiciário não satisfaz à exigência fundamental de toda sociedade, isto é, à *segurança do direito,* que permite ao cidadão prever as conseqüências das próprias ações:

> Onde quer que se deixa subsistir uma jurisprudência não escrita, um direito consuetudinário, ou o que se chama na Inglaterra de direito comum, não há segurança para os direitos individuais, ou ao menos não há senão um grau de segurança muito inferior àquele que se pode obter com leis escritas (*De l'organisation judiciaire et de la codification,* p. 391).

O distinto grau de segurança do direito legislativo e do direito judiciário depende do fato de que enquanto é claramente estabelecida a fonte e, portanto, o autor do primeiro, não é absolutamente possível individualizar a fonte e, portanto, o autor do segundo: pode-se, de fato, considerar o juiz como o autor da *common law*? Segundo Blackstone, o juiz está vinculado ao precedente, por ser este *rationabilis*. Mas, observa Bentham, o que é essa racionalidade (*rationabilitas*) com base na qual o juiz decide se adota ou rejeita um precedente? Não se trata de um critério objetivo, mas de uma avaliação pessoal do juiz, a qual permite qualquer arbítrio. Bentham também critica a ideologia com a qual os juízes disfarçam sua atividade criativa do direito. Pretendem, assim, se limitar a descobrir o "verdadeiro direito" que está por trás das sentenças constitutivas dos precedentes. Ora, afirma ele, trata-se de uma ficção intolerável e se pode comparar a atividade dos juízes àquela dos restauradores: como um restaurador procura completar uma estátua antiga toda danificada, reconstruindo as partes faltantes como eram anteriormente, assim os juízes pretendem se basear em precedentes para

reconstruir um sistema jurídico completo, já preexistente; com esta diferença entre o restaurador e o juiz, que, enquanto sabemos bem que as partes acrescentadas pelo primeiro à estátua, para completá-la, são partes novas, diferentes daquelas antigas que foram destruídas, o segundo pretende que o direito que ele está criando não é um direito novo, mas somente a descoberta e a enunciação de um direito preexistente.

b) *Retroatividade do direito comum:* quando o juiz cria um novo precedente, a saber, quando, achando-se diante de um caso que não pode ser resolvido com base numa norma deduzível das sentenças precedentes, resolve esse caso com uma norma que na realidade ele mesmo cria *ex novo*, tal norma tem eficácia retroativa, visto que é aplicada a um comportamento que foi assumido quando ela própria não existia ainda; isto é, toda norma de nova criação judiciária dispõe para o passado (quanto ao caso por ocasião do qual ela é criada; dispõe, ao contrário, para o futuro evidentemente quando ela, se tornando um precedente, será aplicada também nos casos subseqüentes). Assim sendo, o direito comum viola uma exigência fundamental do pensamento jurídico liberal: a irretroatividade da lei (especialmente a penal), segundo a qual uma norma não deve ser aplicada a um fato sucedido antes da emissão dessa norma (visto que o cidadão não pode saber que uma lei posterior declarará ilegítimo o seu comportamento).

c) O terceiro defeito do direito comum é representado pelo fato de ele *não ser fundado no princípio da utilidade*. Enquanto o legislador pode criar um sistema completo de normas jurídicas, que se fundam em alguns princípios basilares (e, antes de mais nada, no princípio de utilidade), o juiz não pode seguir mas aplica (e cria) tal critério, o direito fundando-se numa regra preexistente, ou na analogia entre o caso que ele deve resolver e aquele disciplinado por uma sentença precedente.

Notamos como neste ponto Bentham se opõe à concepção tipicamente positivista da atividade judiciária, concebida como aplicação de regras preexistentes, prescindindo da natureza dos interesses em jogo no caso a ser resolvido. A posição do nosso autor aqui é análoga àquela da *jurisprudência dos interesses* (*Interessenjurisprudenz*), uma corrente jurídica que surgirá na Alemanha, na segunda metade do século XIX, e segundo a qual o juiz deve resolver as controvérsias tendo em conta os interesses efetivamente em jogo. Bentham, porém, se distingue desta doutrina, visto que exigia que tal avaliação não fosse feita de quando em quando pelo juiz, mas sim de uma vez por todas em termos gerais pelo legislador.

d) O quarto defeito é representado pelo dever que um juiz tem de resolver qualquer controvérsia que lhe seja apresentada, embora necessariamente *lhe falte uma competência específica em todos os campos regulados pelo direito*; este inconveniente é, em contrapartida, eliminado com a produção legislativa do direito, visto que a redação de códigos e leis é confiada a indivíduos ou a comissões dotados de competência específica.

e) A última crítica é de caráter político. *O povo não pode controlar a produção do direito por parte dos juízes*, enquanto que se o direito fosse criado através de leis aprovadas pelo Parlamento, sua produção poderia ser controlada pelo povo e poder-se-ia dizer que o direito é expressão da vontade do povo.

Estas críticas de Bentham ao direito comum são importantes, porque fazem conhecer quais eram os motivos que impeliam o movimento iluminista a polemizar contra o sistema de direito então vigente e propugnar pela codificação.

Bentham tinha idéias totalmente suas, mas pouco práticas, a respeito do modo pelo qual se deveria proceder à redação de um código. Ele era visivelmente contrário a confiar tal redação a uma comissão de juristas. Em primeiro lugar, porque desconfiava radicalmente dos juristas (juízes e advogados), os quais, segundo ele, tinham todo o interesse em manter em vigor a situação caótica então existente no direito, porque era dela mesma que extraíam seus ganhos profissionais; se fosse criado um direito simples e claro, a necessidade do trabalho deles seria menor. Esperar uma contribuição para a codificação por parte dos juristas era, portanto, tão ingênuo como esperar que os fabricantes de armas se pusessem a fazer propaganda pela paz. Em segundo lugar, Bentham desconfiava das comissões, porque queria que a redação do código fosse obra de uma só pessoa. Deste modo revelava mais uma vez sua mentalidade tipicamente racionalista: um código unitário, coerente, simples, um código, pois, que pudesse valer como lei universal só podia ser obra de uma única pessoa, com princípios estáveis e idéias claras. Evidentemente pensava nele mesmo.

Para proceder à criação de um bom código, segundo Bentham, se deveria instituir um concurso público para a apresentação de projetos e propostas de reforma; o governo deveria incumbir da redação do código o vencedor de tal concurso, o qual não deveria receber nenhuma remuneração pelo seu trabalho (visando evitar abusos e manobras dos intrigantes); o código, como já se disse, deveria ser obra de uma só

pessoa, que poderia, inclusive, ser estrangeira — e esta é evidentemente uma cláusula que Bentham insere *pro domo sua*; de qualquer maneira, ele a justifica com um raciocínio tipicamente iluminista, afirmando que um estrangeiro podia, melhor que um cidadão do país, dar a uma nação um corpo de leis boas e apropriadas, visto que estaria livre dos preconceitos locais, reafirmando uma vez mais a idéia racionalista do legislador universal.

Segundo a esquematização feita por Dumont, são quatro os requisitos fundamentais que Bentham exigia para um código: utilidade, completitude, cognoscibilidade, justificabilidade.

a) O código deve se inspirar no princípio do utilitarismo: *a maior felicidade para o maior número*, segundo o qual cada uma das disposições do código deve ser avaliada e decidida tendo em conta a utilidade que produzirá para o maior número possível de cidadãos;

b) O código deve ser completo (princípio, este, típico do positivismo jurídico), porque se apresentar lacunas reabrir-se-ia a porta ao direito judiciário com todos os seus inconvenientes; eis como se exprime Bentham:

> O código deve ser completo ou, em outros termos, abarcar todas as obrigações jurídicas às quais o cidadão deve estar submetido *(De l'organisation, op. cit.*, p. 334);

e pouco depois ele especifica:

> Redação completa, eis a primeira regra. Tudo o que não estiver no corpo da lei não será lei. Não há necessidade de se referir de modo algum ao *uso*, às *leis estrangeiras* [e aqui Bentham pensava especialmente no direito romano], ao pretenso *direito natural*, ao pretenso *direito das gentes* (*op. cit.*, p. 337).

c) O código deve ser redigido em termos claros e precisos, de maneira que o seu conteúdo possa ser conhecido por todos os cidadãos;

d) Além disso, a lei deve ser acompanhada de uma motivação que indique as finalidades que ela se propõe atingir, porque somente quando seus motivos são conhecidos uma lei se torna compreensível. Para Bentham uma lei é uma lei não apenas porque é posta pela autoridade, mas também porque é posta devido a determinados motivos, racionalmente cognoscíveis. Esta motivação, observa o filósofo, é muito útil não só para os cidadãos, como também para os magistrados e para o ensino do direito.

25. Austin: a tentativa de mediação entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês.

Austin é o último dos autores que consideraremos na nossa visão panorâmica das origens do positivismo jurídico, não só porque sua obra (de 1832) é cronologicamente posterior tanto aos escritos de Bentham quanto aos escritos dos expoentes da escola histórica e ao Código de Napoleão, como também e principalmente porque ele representa um pouco o *trait d'union* entre as várias correntes que concorreram para fazer surgir o positivismo jurídico e particularmente entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês. Aliás, diferentemente dos outros pensadores ingleses, que são decididamente "insulares" (isto é, estreitamente ligados à tradição cultural inglesa e estranhos à tradição européia-continental), Austin foi grande admirador dos juristas alemães, especialmente de Savigny (cujo *Tratado sobre a posse* considerava uma das maiores obras jurídicas de todos os tempos) e também de Thibaut. Sendo, contudo, sua *forma mentis* tipicamente inglesa (isto é, empirista e utilitarista), sofreu a influência da escola histórica alemã, que tentou (veremos com quais resultados) aclimatar à cultura anglo-saxônica.

John Austin (1790-1859) exerceu por algum tempo (de 1818 a 1825) a profissão forense, mas desta se distanciou depois, seja por motivos de saúde, seja por motivos morais (também ele, como Bentham, experimentava uma sensação de repulsa e descontentamento por esse ambiente), e se dedicou a estudos filosóficos, passando a fazer parte do cenário dos utilitaristas que vinha se constituindo em torno de Bentham (e do qual participavam também ambos os Mill: James e John Stuart). Foram exatamente estes seus amigos que o fizeram obter a cátedra de *Jurisprudence* (uma disciplina que corresponde *grosso modo* à nossa teoria geral do direito) na constituenda Universidade de Londres (que foi inaugurada em 1828); antes de iniciar seu ensino, Austin foi para a Alemanha e lá permaneceu dois anos, a fim de entrar em contato com o novo pensamento jurídico que ali se desenvolvia, vindo assim a conhecer os expoentes e as obras da escola histórica.

Austin ensinou na Universidade de Londres de 1828 a 1832. Inicialmente suas aulas foram alvo de um denso e atento auditório, porém depois — passada a onda dos utilitaristas — seus alunos foram escasseando continuamente, até que ele, no fim, desiludido e amargurado, abandonou o ensino e a vida pública em geral (mesmo que tenha ainda ocupado algum cargo oficial relativo à reforma da legislação);

retornando à Europa continental, passou alguns anos na Alemanha e em Paris até que, alarmado com a revolução de julho de 1848, deixou a França e voltou à Inglaterra, onde passou os últimos anos de sua vida, ignorado por todos.

Austin é o típico *auctor unius libri*: durante sua vida publicou uma única e curta obra intitulada *The province of jurisprudence determined* (isto é, *A determinação do campo da jurisprudência*, 1832), que reunia as primeiras seis aulas introdutórias de seu curso. Somente após sua morte é que sua devotada esposa Sarah publicou todas as aulas e alguns outros apontamentos, com o título de *Lectures on jurisprudence (Lições de jurisprudência)* em dois volumes[1].

Esta obra traz como subtítulo a expressão *The philosophy of positive Law (A filosofia do direito positivo)*, porque era assim que Austin designava seu próprio pensamento e seu próprio ensino. Ele distinguia, realmente, de modo nítido, a *jurisprudência* da *ciência da legislação*: a primeira estuda o direito vigente tal como este é efetivamente; a segunda estuda o direito tal como deveria ser, com base em certos princípios assumidos como critérios de avaliação (Bentham exprimia a mesma distinção, usando os termos jurisprudência *expositiva* e jurisprudência *censória*). Enquanto Bentham se ocupava principalmente da ciência da legislação, Austin se interessava, em vez disto, pela jurisprudência, que subdividia em jurisprudência *geral* e jurisprudência *particular*. Enquanto a segunda estuda as características próprias de um ordenamento jurídico específico, a primeira estuda os princípios, as noções e os conceitos que são comuns a todos os ordenamentos jurídicos, isto é, a todo direito positivo possível (ou, para ser mais exato, ao direito positivo de qualquer sociedade que tenha atingido um certo grau de civilidade, excluindo-se, assim, os ordenamentos dos grupos sociais primitivos).

Austin se interessa precisamente pela jurisprudência geral, cujo objeto ele assim define:

> A jurisprudência geral, ou filosofia do direito positivo, não se refere diretamente à ciência da legislação. Trata diretamente dos princípios e distinções que são comuns aos diversos sistemas de direito particular e positivo e que cada um desses sistemas diversos inevitavelmente envolve, seja esse digno de louvor ou de censura, seja de acordo ou não com uma determinada medida ou critério. Ou bem (mudando a frase) a jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo diz respeito ao direito como ele necessariamente *é*[2], ou antes o direito como *deveria* (ought) ser; o direito como deve necessariamente (must) ser, *seja ele bom ou mau*, ou antes o direito como deve necessariamente ser, *se fosse bom* (*Lect. on Jur.*, vol. I, p. 32).

Quanto à expressão "filosofia do direito positivo", que no trecho citado é repetida duas vezes, o leitor recordará que tal expressão foi inventada por Hugo (cf. § 11); trata-se de uma derivação que Austin reconhece expressamente, declarando numa passagem imediatamente anterior a essa ora transcrita:

> De todas as expressões concisas que examinei mentalmente, "filosofia do direito positivo" indica da forma mais significativa o objeto e o âmbito do meu curso. Emprestei tal expressão de um tratado de Hugo, célebre professor de jurisprudência da Universidade de Göttingen, e autor de uma excelente história do direito romano. Embora o tratado em questão se intitule "o direito natural", não diz respeito ao direito natural no significado ordinário do termo. Na linguagem do autor diz respeito ao "direito natural como *uma filosofia do direito positivo*" (*Lect. on Jur.*, vol. I, p. 32).

Se é ponto pacífico a derivação da locução "filosofia do direito positivo" da terminologia da escola histórica alemã, muito mais delicado e discutido é o problema da influência de tal escola na substância do pensamento austiniano. Achamos que esta não deva ser exagerada e que as correspondências e as coincidências entre o pensamento da escola histórica e o de Austin sejam bastante limitadas e superficiais, e redutíveis, em última análise, a um único ponto: a recusa de considerar como direito propriamente dito o direito natural, a concepção da efetividade do direito existente nas várias sociedades como o fundamento da sua validade, a determinação, em suma, do direito tal qual ele efetivamente é, como o objeto da ciência jurídica. Quanto ao resto, há entre os dois pensamentos uma divergência profunda, não só no que se refere aos pressupostos filosóficos (Austin é um utilitarista e um empirista ao qual são absolutamente estranhas as posturas historicistas e românticas), como também no que diz respeito às próprias concepções jurídicas. A escola histórica

[1] Nossas citações desta obra são transcritas da 5ª ed., aos cuidados de R. Campbell, Londres, 1885.

[2] N.B.: O grifo contido nesta e nas subseqüentes citações de *Lect. on Jur.* reproduz o destaque contido no texto original.

alemã, em homenagem à ideologia do *Volksgeist*, via no direito consuetudinário o protótipo do direito positivo e, no plano da política legislativa, era decididamente hostil à codificação; Austin, ao contrário, via na lei (isto é, na ordem emanada do soberano) a forma típica do direito e o fundamento último de toda norma jurídica e, no plano da política legislativa, era defensor convicto da reforma do direito através da legislação, o que demonstra que está inteiramente na linha diretriz do pensamento de Hobbes e Bentham.

Que sejam de tal natureza as relações entre Austin e a escola histórica alemã percebe-se claramente numa passagem de *Lectures*, na qual o autor, para compatibilizar sua evocação da escola histórica com a fidelidade à ortodoxia do utilitarismo de Bentham, declara:

> Bentham pertence estritamente à escola *histórica* de jurisprudência. O significado exato deste termo, assim como é empregado pelos alemães, é que os juristas assim designados pensam que um conjunto completo de leis não pode ser deduzido pelo desenvolvimento de alguns princípios gerais assumidos *a priori*, mas deve ser fundado na experiência dos sujeitos e dos objetos aos quais o direito se refere. Bentham, por isso, pertence manifestamente a essa escola.

E depois de ter indicado o fato de alguns expoentes da escola histórica (Hugo e Savigny) serem contrários à codificação, enquanto outros juristas (como Thibaut) são favoráveis a ela, ele assim prossegue:

> O significado do fato de estes [os juristas mencionados acima] serem chamados de escola histórica é simplesmente este, que concordam com Bentham em pensar que o direito deveria ser fundado numa visão experimental dos sujeitos e dos objetos do direito e deveria ser determinado pela utilidade geral, não deduzido de algumas suposições arbitrárias *a priori* chamadas de direito natural. Um nome mais adequado seria escola *indutiva* e *utilitária* (*op. cit.*, vol. II, p. 679).

Como se vê, para conciliar Bentham com a escola histórica Austin é forçado a dar dela uma "versão" inglesa, a saber, a pôr em evidência um único caráter (a polêmica antijusnaturalista), negligenciando seus aspectos mais peculiares e as exigências de fundo, e, sem mais, chega a atribuir a essa escola um conceito (o de utilidade geral) que lhe é estranho. Substancialmente, Austin concilia a escola histórica com Bentham fazendo, num esforço notável mas também insciente, de Bentham um historicista e de Savigny um utilitarista.

26. Austin: sua concepção do direito positivo.

Para definir o direito positivo, Austin o distingue, antes de mais nada, dos outros tipos de normas. Neste sentido, é necessário notar que há uma dificuldade de natureza lingüística na referência às distinções deste autor. Ele, com efeito, emprega o termo inglês *law* que significa ao mesmo tempo *lei*, no sentido generalíssimo de norma, e *direito*, no sentido específico de norma jurídica (enquanto para indicar a "lei" no sentido de direito emanado do órgão legislativo do Estado — em contraposição ao "costume" — em inglês usa-se o termo *statute*).

Austin define a lei como um *comando geral e abstrato*, excluindo assim, antes de tudo, do conceito de lei as ordens "incidentais" ou "ocasionais", vale dizer as ordens dirigidas a uma pessoa determinada porque realiza uma ação individual. O comando é definido como a *expressão de um desejo*, mas nem toda expressão de desejo é um comando (assim, por exemplo, não o é a prece); qual é portanto a nota característica do comando? Esta é representada pelo fato de que, no comando, a pessoa para quem é expresso o desejo é passível de um mal qualquer por ato daquele que exprime o desejo se este não for realizado. Este mal sob constitutivo da ameaça é chamado de *sanção*. O comando implica portanto no conceito de sanção e no de dever, como se conclui desta passagem em que Austin enuncia com clareza seu pensamento:

> Um comando . . . é uma expressão de desejo. Mas um comando é distinto das outras expressões de desejo pela seguinte característica: que a parte para a qual é dirigido é passível de um mal sob a ação do outro, no caso de não-satisfação do desejo. Sendo passível de um mal da tua parte, se não satisfaço um desejo que tu exprimes, eu estou *vinculado* ou *obrigado* pelo teu comando, ou eu me acho no *dever* de obedecê-lo. . . Comando e dever são, por isso, termos correlatos, no sentido de que o significado denotado por um é implicado ou suposto pelo outro. Ou, em outras palavras, onde quer que haja um dever, foi expresso um comando; e onde quer que tenha sido expresso um comando, um dever foi imposto.
>
> Concisamente o significado da correlação é este. Quem deseja infligir um mal no caso do seu desejo não ter sido respeitado, enuncia um comando exprimindo ou notificando o seu desejo. Quem é passível de um mal em caso de não respeitar o desejo, é vinculado ou obrigado pelo comando (*Lect. on Jur.*, vol. I, p. 89).

Definida a noção de lei, Austin distingue as leis em duas categorias, fundadas no sujeito do qual provém o comando (o destinatário é

sempre o mesmo, isto é, o homem): *leis divinas* e *leis humanas,* segundo sejam postas por Deus ou pelos homens; as primeiras se distinguem, por sua vez, em leis divinas *reveladas* e leis divinas *não reveladas* (mas é uma distinção que aqui não nos interessa, porque diz respeito à esfera ético-religiosa); as segundas se subdividem em *leis positivas* (ou, como seria aqui mais exato traduzir o termo *law, direito positivo*) e *moralidade positiva.*

Trata-se agora de estabelecer qual é a diferença específica entre direito positivo e moralidade positiva. O autor localiza tal diferença no fato de que o direito positivo é constituído pelos comandos emanados pelo *soberano,* numa *sociedade política independente.* Soberano e sociedade política independente são dois conceitos estreitamente correlacionados; com a expressão "sociedade política independente" Austin realmente pretende indicar a entidade social comumente chamada de *Estado*: esta sociedade é dita *política* para indicar que é composta de uma número relevante de pessoas sujeitas a um superior comum (razão pela qual se a distingue da sociedade familiar e das outras formas mais primitivas de agrupamentos sociais); e é dita *independente* para indicar que é autônoma e soberana, isto é, que não depende de outras entidades sociais. A sociedade política independente comporta no seu interior uma estruturação hierárquica, ou seja, a subordinação do conjunto dos seus membros a um *soberano* superior (que pode ser uma única pessoa ou um grupo de pessoas). Para que se possa falar de soberania são necessários, segundo Austin, dois requisitos:

a) a *obediência habitual* de um conjunto de indivíduos a um superior comum;

b) a *ausência de toda relação de subordinação* e de obediência desse superior nos confrontos diante de qualquer outro superior humano.

Em outras palavras, para que uma sociedade política possa ser considerada independente não basta existir no seu interior uma estrutura hierárquica, sendo também necessário que esta última se esgote no interior da própria sociedade.

Eis duas passagens das *Lectures on Jurisprudence,* contendo a primeira delas uma definição sintética do direito positivo, enquanto na segunda se examina mais amplamente as relações entre o conceito de direito e o de soberania:

> O objeto da jurisprudência é o direito positivo, ou o chamado simples e estritamente de direito, ou o direito *posto* pelos superiores políticos aos inferiores políticos (*op. cit.,* vol. I, p. 86).

> Toda lei positiva, ou bem toda lei simples e estritamente dita, é posta por uma pessoa soberana ou por um corpo soberano de pessoas a um ou mais membros da sociedade política independente na qual essa pessoa ou esse corpo é soberano ou supremo. Ou, em outras palavras, essa lei é posta por um monarca ou grupo soberano a uma ou mais pessoas em estado de sujeição frente a seu autor (*op. cit.,* vol. I, p. 220).

Quanto à moralidade positiva, esta se distingue do direito positivo precisamente porque é posta por um sujeito humano que *não possui a qualidade de soberano* para um outro ou para outros sujeitos humanos. Austin destaca, na vasta categoria da moralidade positiva, tipos de normas que são *leis propriamente ditas* visto que têm a estrutura do comando e outras normas que são *leis impropriamente ditas* porque não possuem o caráter de comandos. Estas últimas são aquelas que hoje chamaríamos de normas do *costume social* (regras de honra, do galanteio, do jogo, da moda etc., que são postas pela *opinião pública*): não são comandos (e portanto não são leis) em sentido próprio, porque um comando, para sê-lo, deve provir de um superior bem individualizado, enquanto a opinião pública é um fenômeno social que escapa de qualquer tentativa de individuação, isto é, de redução a uma pessoa ou a um grupo de pessoas determinadas.

As normas da moralidade positiva que são leis em sentido estrito são divididas por Austin em três categorias:

a) *Leis* que regulam a vida dos indivíduos *no estado de natureza* (não são normas jurídicas, porque o Estado não existe, mas são leis porque possuem natureza de comando).

b) *Leis que regulam as relações entre os Estados* (isto é, o direito internacional). Segundo Austin, tais leis não têm natureza jurídica, porque, sendo a comunidade internacional baseada numa relação não de subordinação mas de coordenação, as regras por ela emanadas não são comandos dirigidos de um superior político para um súdito. É esta uma das numerosas doutrinas que negam a juridicidade do ordenamento internacional e possui o mérito de ser fundada em critérios lógicos claros e rigorosos: uma vez admitida a definição austiniana do direito positivo, não resta senão negar caráter jurídico às normas internacionais.

c) *As leis das sociedades menores,* tais como a família, a corporação etc. São realmente comandos dados de um superior para um inferior (por exemplo, o comando dado pelo pai ao filho), mas não são direito porque o superior que emite o comando não é soberano (sendo, por sua vez, submetido ao poder do Estado).

Na página seguinte apresentamos um esquema que reproduz as várias distinções austinianas relativas à lei. Entre as diversas categorias é possível estabelecer interessantes relações:

— as leis divinas e o direito positivo constituem *comandos soberanos*;

— o direito positivo e as leis propriamente ditas da moralidade positiva são *comandos humanos;*

— as leis positivas, o direito positivo e as leis propriamente ditas da moralidade positiva (isto é, todas as leis exceto aquelas impropriamente ditas da moralidade positiva) são *comandos*.

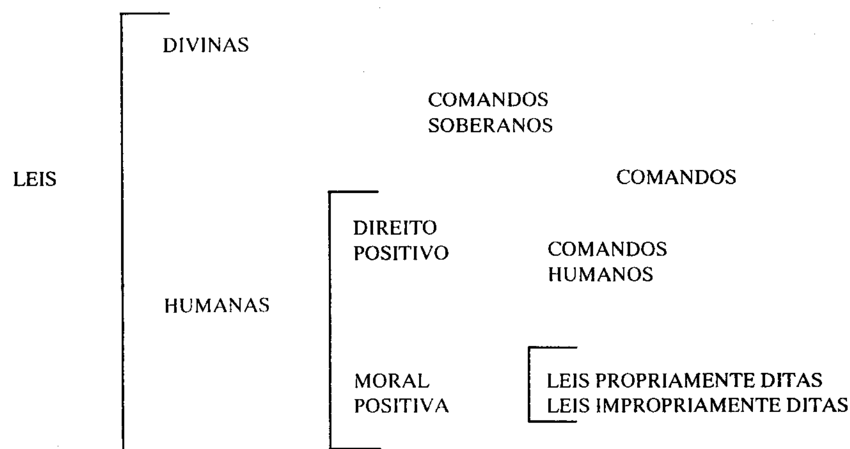
Se examinarmos a concepção austiniana do direito positivo, veremos que comporta três princípios fundamentais típicos do positivismo jurídico:

a) a afirmação de que o objeto da jurisprudência (isto é, da ciência do direito) é o direito tal como ele é e não o direito como deveria ser (concepção *positivista* do direito);

b) a afirmação de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando (concepção *imperativista* do direito);

c) a afirmação de que o direito é posto pelo soberano da comunidade política independente — isto é, em termos modernos, pelo órgão legislativo do Estado (concepção *estatal* do direito).

Nota-se que estes três princípios não dependem logicamente um do outro, mas são reciprocamente autônomos. Assim, Thon, um jurista alemão da segunda metade do século XIX, que será citado na segunda parte, é um típico expoente da concepção imperativista do direito, mas refuta a estatista.



27. Austin: a distinção entre direito legislativo e direito judiciário; a crítica ao direito judiciário.

Falamos da concepção estatal do direito de Austin. Mas tal concepção não contrariava o tipo de fontes do direito vigentes na Inglaterra (direito judiciário), de modo que ele teria de ou negar a juridicidade da *common law* ou renunciar à própria concepção? Nosso autor não nega absolutamente a juridicidade do direito posto pelos juízes, mas, por outro lado, não sustenta tal situação contrastante com a própria concepção. E recorre ao conceito de *autoridade subordinada* que põe o direito a partir do poder que lhe é delegado pelo soberano; é bem verdade que os juízes criam o direito, mas isto não exclui sua estatização, visto que eles agem com base no poder a eles atribuído pelo Estado. A distinção entre direito legislativo e direito judiciário não significa, portanto, uma distinção entre direito estatal e direito não-estatal, mas entre direito posto imediatamente e direito posto de modo mediato pelo soberano da sociedade política independente.

> Ainda que por via direta ela [a lei] teve origem numa outra nascente ou fonte, é uma lei positiva ou lei em sentido estrito por obra da instituição do presente soberano, que tem o caráter de superior político (*op. cit.*, vol. I, p. 220).

Resolvida esta questão prejudicial, o autor passa a analisar a diferença existente entre direito judiciário e direito legislativo, submetendo a uma crítica contundente os lugares-comuns relativos a este problema e formulando uma solução particularmente perspicaz. A diferença entre direito judiciário e direito legislativo não consiste nas *fontes* que produzem tais direitos, mas sim no *modo* pelo qual eles são produzidos: o direito legislativo é constituído por normas gerais e abstratas, isto é, por normas que regulam não um caso único existente no momento da sua emissão, mas um número indeterminado (ou *classe*) de casos que se verificarão no futuro; o direito judiciário, por outro lado, é constituído por normas particulares, emitidas com a finalidade de regular uma controvérsia única, específica.

O direito legislativo e o direito judiciário não se identificam necessariamente com o direito emanado respectivamente do soberano e dos juízes. O soberano pode também emanar normas que resolvam um caso único (e então age como juiz), enquanto o juiz (como o pretor

romano, pelo poder de que é investido, ou o juiz inglês, pelo valor de precedente que pode assumir sua decisão) pode também emanar normas que tenham caráter geral (e então agir como legislador).

Austin passa, enfim, a examinar o valor desses dois tipos de direito, colimando estabelecer qual é o melhor. Sustenta que o direito legislativo seja superior ao judiciário (e nisto segue o ensinamento de seu mestre Bentham) e para demonstrar tal superioridade elenca toda uma série de defeitos do direito judiciário, dedicando a este exame um capítulo específico (o XXXIX) das *Lectures*. Mas antes de desenvolver sua crítica, ele refuta algumas objeções contra o direito judiciário que não considera válidas, entre as quais existem duas que aqui nos interessam particularmente, porque foram formuladas por Bentham; nestes pontos, portanto, o discípulo está em desacordo e critica o mestre (mesmo sem mencionar seu nome).

A primeira objeção que Austin repele é por ele assim formulada: a produção do direito judiciário não pode ser controlada pela comunidade política, enquanto a do direito legislativo permite tal controle. Esta objeção evoca a de Bentham, mas não a reproduz fielmente. Bentham realmente falava da possibilidade de controlar a produção legislativa do direito referindo-se não à realidade de fato, mas a um Estado democrático ideal; Austin, por outro lado, formula a objeção referindo-a à realidade de fato. Desse modo, ele repele facilmente a afirmação de seu mestre, ressaltando que a possibilidade do controle popular não depende da natureza judiciária ou legislativa do direito, mas sim do tipo de constituição própria do órgão produtor do direito. Numa monarquia absoluta, existe uma produção legislativa do direito que não permite nenhum controle, enquanto este é possível na produção judiciária do direito, se os juízes forem eleitos democraticamente. A segunda objeção de Bentham refutada por Austin diz respeito à natureza arbitrária do direito judiciário, que seria criado pelos juízes sem nenhum critério objetivo, sem limites e sem controles; na realidade, observa o nosso autor, o juiz não é absolutamente livre para agir como deseja, mas está submetido a múltiplos vínculos e controles: está sujeito ao sistema dos precedentes; é controlado pela autoridade soberana que pode afastá-lo das suas funções, se não respeitar as normas jurídicas existentes; e é controlado pelos órgãos judiciários superiores, que anulariam suas eventuais decisões arbitrariamente prolatadas.

Detendo-nos agora nas objeções formuladas por Austin, podemos expô-las em sete pontos:

a) o direito judiciário é *menos acessível ao conhecimento* do que o legislativo (trata-se de uma crítica que já encontramos outras vezes);

b) o direito judiciário é *produzido com menor ponderação* do que o legislativo, porque o primeiro é emitido no apressado despacho dos assuntos judiciários, enquanto o segundo é (ou pode ser) formulado depois de madura deliberação;

c) o direito judiciário é freqüentemente emitido *ex post facto* (isto é, com eficácia retroativa, crítica também que Austin retoma de Bentham);

d) o direito judiciário é mais *vago e incoerente* do que o direito legislativo, seja pela quantidade enorme de documentos em que se dilui, seja pela dificuldade de extrair dos vários casos decididos uma *regula decidendi* geral;

e) uma quinta objeção, particularmente interessante, diz respeito à *dificuldade de certificar a validade das normas de direito judiciário.* Para o direito legislativo, segundo Austin, o problema não apresenta dificuldade, visto que vigora o critério segundo o qual é válida a norma emanada pelo órgão legislativo; mas tal critério não pode ser aplicado ao direito judiciário e, por conseguinte, não é possível afirmar a validade da norma emanada por um juiz, visto que podemos nos encontrar diante de uma pluralidade de regras — disciplinando de modo diverso a mesma questão — emitidas por juízes diferentes em tempos e lugares diversos. Neste caso qual critério se deve seguir para definir a norma a ser aplicada? O autor afirma que não há um único critério, mas vários critérios, ou, para usar sua própria expressão, há várias provas possíveis da validade da decisão dos juízes, a saber:

1) o *número das decisões* (segundo este critério considera-se válida a norma que foi aplicada um maior número de vezes);

2) a *elegantia regulae* (segundo este critério considera-se válida a norma que resolve a questão do modo mais satisfatório, do ponto de vista técnico e eqüitativo);

3) a *coerência da regra* em relação à totalidade do sistema jurídico;

4) a *autoridade do juiz* que adotou a norma daquela determinada decisão;

f) a sexta crítica diz respeito à *escassa compreensibilidade* do direito judiciário, pois ele não disciplina categorias abstraídas de fatos mas sim casos concretos, sendo necessário proceder a um difícil trabalho

de abstração ou indução para extrair dos casos resolvidos uma regra geral;

g) por fim, o direito judiciário *não é jamais auto-suficiente,* necessitando sempre ser "remendado" aqui e ali com normas legislativas, determinando assim a existência de um ordenamento jurídico híbrido, no qual se acham justapostos dois sistemas normativos diferentes mal amalgamados; ademais, o direito legislativo que é emitido com essa função integradora é de qualidade inferior como o direito judiciário que deve integrar.

E eis uma passagem das *Lectures on Jurisprudence* que é aproximadamente uma síntese das críticas austinianas ao direito judiciário:

> Em todo país em que grande parte do direito consiste em direito judiciário, todo o sistema jurídico, ou o *corpus juris* inteiro, é necessariamente um caos monstruoso: em grande parte consiste de direito jurídico, introduzido pouco a pouco e disperso numa enorme quantidade de decisões jurídicas particulares, e em parte de direito legislativo acrescido à guisa de remendo ao direito judiciário e disperso num enorme amontoado de leis ocasionais e suplementares (*op. cit.,* vol. II, p. 660).

28. **Austin: o problema da codificação.**

A conclusão desta crítica ao direito judiciário é que ele deve ser substituído por uma forma superior de direito, isto é, pela codificação. Visando confirmar esta sua tese, Austin descreve a lei histórica segundo a qual o direito se desenvolve na sociedade, destacando seis fases:

a) a primeira fase é representada pela *moralidade positiva.* Trata-se de uma fase pré-jurídica porque não existem ainda normas de direito propriamente dito, mas somente normas consuetudinárias. Sucessivamente há três fases de desenvolvimento do *direito judiciário,* a saber:

b) primeiramente, os juízes adotam e fazem valer como direito as próprias normas da moralidade positiva (direito judiciário com fundamento consuetudinário);

c) em seguida, os juízes integram as normas consuetudinárias, transformadas em direito, com outras normas elaboradas por eles mesmos com base no princípio da analogia (direito judiciário com fundamento científico);

d) por último, os juízes criam eles mesmos o direito com base nos próprios critérios de avaliação (criação judiciária do direito). Neste ponto aparece o *direito legislativo,* que se desenvolve através de duas fases:

e) primeiramente, o direito legislativo é emanado ocasionalmente para integrar o direito judiciário em matérias particulares;

f) enfim, a lei se torna a única fonte da produção do direito e disciplina, sistematicamente, com normas gerais e abstratas, todas as relações sociais: a legislação culmina assim na *codificação.*

Dispondo-nos agora a expor as concepções de Austin relativas à codificação, notamos que são particularmente interessantes porque, diferentemente de Bentham, que se fixava na sua idéia de código demasiado abstrata e racionalista, Austin tem, em contrapartida, uma viva sensibilidade para a realidade dos problemas jurídicos e, ademais, estava ciente da polêmica sobre a codificação ocorrida na Alemanha. Durante sua estada neste país estudara, realmente, a obra de Savigny, por quem nutria grande admiração, e, como sabemos (cf. § 15), Savigny foi o principal protagonista da luta contra a codificação. A primeira preocupação do nosso autor é, conseqüentemente, a de superar as objeções de Savigny, o que faz afirmando que este não criticava a idéia da codificação em si, mas, em primeiro lugar, o propósito de realizar a codificação na Alemanha. Ora, observa Austin, o fato de a codificação não ser oportuna para aquele país nada representa contra o valor do direito codificado em geral (mas esta maneira de interpretar e, portanto, de superar a crítica de Savigny, é insatisfatória, porque na realidade, como vimos, este era contrário em princípio à codificação). As outras críticas de Savigny diziam respeito ao modo pelo qual eram realizadas as codificações do seu tempo (a prussiana e, principalmente, a francesa); Austin aceita grande parte destas críticas, dirigindo, particularmente, algumas censuras ao Código de Napoleão:

a) neste código faltam definições técnicas dos termos jurídicos usados;

b) não leva suficientemente em conta o direito romano, que representa a maior tradição jurídica continental (uma objeção típica de Savigny);

c) o legislador francês não concebeu o código como completo (recorde-se a este respeito como Portalis entendia o art. 4º, seja porque não eliminou o direito preexistente, seja porque admite, junto ao direito

codificado, outras fontes subsidiárias de direito (direito natural, judiciário, consuetudinário), o que cria uma situação de ambigüidade e de incerteza;

d) o Código de Napoleão, enfim, foi redigido com demasiada pressa.

Mas mesmo estas críticas, observa Austin, se referem somente ao modo em que foram realizadas no passado algumas codificações e não negam em absoluto a validade do princípio da codificação. Aliás, é de se notar que aquilo que nosso autor sustenta como necessário não é um código qualquer que seja, mas um bom código: "melhor o direito judiciário do que um mau código", diz ele amiúde, porque um mau código tem todos os defeitos do direito judiciário sem ter dele os poucos méritos.

Quanto aos *requisitos do código*, Austin especifica que por código se deve entender, como se faz com freqüência (falando, por exemplo, de "codificação justiniana"), não uma simples coleta de leis preexistentes, mas sim a reformulação *ex novo* de todo o direito vigente numa sociedade, de modo a haver um texto legislativo coerente e unitário; por outro lado, todavia, ele enfatiza que a inovação deve se referir à *forma*, mas não ao *conteúdo* do direito que é codificado. A codificação deve, portanto, limitar-se a dar uma roupa nova — unitária, coerente, tecnicamente perfeita — ao mesmo direito que já vige. Neste ponto se manifesta uma importante divergência entre a concepção de Austin e a de Bentham, divergência que tem seu fundamento nas diferentes atitudes políticas dos dois pensadores, a de Austin liberal-moderada e a de Bentham radical-democrática, devendo a codificação para Bentham representar uma renovação integral do direito, tanto na forma quanto no conteúdo. Enquanto Bentham concebia a codificação como um instrumento de progresso político-social, Austin a concebia como um instrumento de progresso puramente técnico-jurídico.

Austin tentou resumir suas idéias a respeito da codificação (que se encontram também expostas ocasionalmente aqui e ali em sua obra) num escrito, que permaneceu entretanto na condição de apontamentos e, assim, incompleto e fragmentário, intitulado *Notes on Codification (Notas sobre a Codificação)*, que foi publicado nas *Lectures on Jurisprudence* (vol. II, pp. 1021 e ss.). Nessas Notas são examinadas e refutadas catorze objeções contra a idéia em geral da codificação (já vimos, logo acima, como Austin responde às objeções fundadas em críticas contra exemplos históricos particulares de codificação).

Destas objeções examinaremos apenas as cinco mais interessantes. Como o leitor poderá observar, as duas primeiras podem ser unidas com base no critério do contraste (visto que tendem a se eliminar entre si), enquanto as duas sucessivas podem ser unidas com base no critério da afinidade; observar-se-á também como as respostas de Austin consistem freqüentemente numa retorsão, a saber, em demonstrar como o direito judiciário tinha, em proporção muito mais grave, os mesmos defeitos censurados no direito codificado.

a) Todo código é necessariamente *incompleto* e não pode dispor para todos os casos futuros (de tal modo a codificação não realizaria sua finalidade fundamental, que é precisamente a completitude do direito). O autor responde que o código é realmente incompleto, mas muito menos lacunar que o direito judiciário, que é "necessariamente tímido e inadequado".

b) Todo código, para aproximar-se da completitude deve consistir numa tal miscelânea de *normas numerosas e minuciosas* que se torna impossível à mente humana conhecê-lo e abarcá-lo na sua totalidade. Austin responde que a completitude do código não consiste em disciplinar todos os casos individualmente considerados, mas em estabelecer normas, cada uma delas aplicável a toda uma categoria de casos (em linguagem moderna, diremos que a norma alcança um *fatti specie* abstrato).

c) Todo código é *inalterável*, no sentido de que as normas nele contidas não podem ser adaptadas às transformações que continuamente ocorrem na sociedade (é este o argumento da *cristalização do direito*, típico de Savigny). Austin responde observando que o direito judiciário é muito mais inalterável que o legislativo, pois é fundado no sistema de precedentes e, portanto, uma regra fundada numa decisão estabelecida numa época histórica anterior continua a sobreviver, apesar das mudanças sociais, e ainda mais prolifera continuamente, visto que os juízes desenvolvem o direito não mediante uma atividade criativa livre, mas baseando-se somente na analogia.

d) O direito codificado é menos *maleável* (isto é, menos facilmente aplicável aos casos concretos) do que o direito judiciário. Austin responde que isto é verdadeiro, mas que a maior rigidez do direito codificado representa não um inconveniente, mas uma vantagem, já que a excessiva maleabilidade determina a insegurança jurídica, posto que o direito pode ser mais facilmente alterado.

e) O direito codificado, longe de reduzir, favorece as controvérsias, porque *torna possíveis "conflitos de analogias contrárias" mais numerosos* (no sentido de que cresce o número dos casos que admitem uma pluralidade de soluções, sendo possível subsumi-los, mediante o procedimento analógico, sob várias normas diversas entre si); ademais, os defeitos do direito codificado — pelo fato de ele ser formulado em termos claros e fixos — são mais evidentes e mais dificilmente remediáveis do que os do direito judiciário.

O autor refuta esta crítica, afirmando que a codificação elimina os equívocos e as ambigüidades e, portanto, torna impossíveis as controvérsias fundadas em meras imprecisões interpretativas. Com referência a isto ele exprime uma opinião característica que era também a de Bentham, a saber, que a codificação teria promovido uma elevação do nível ético e técnico da profissão forense, eliminando os rábulas, cuja única atividade consiste em desfrutar sem escrúpulos das obscuridades e incertezas do direito, e favorecendo o ingresso na profissão de homens de alto nível moral e intelectual. A codificação determinaria, entre outras coisas, também

> uma melhoria do caráter da profissão legal. Se a lei fosse mais simples e científica, mentes de ordem superior ingressariam na profissão e homens de posição independente a abraçariam, enquanto uns e outros dela agora se desviam por seu caráter repugnante; pois repugnante ela o é realmente. Qual homem de educação literária e intelecto cultivado pode suportar os absurdos dos livros da prática forense, por exemplo, e de muitas outras partes do direito? Nada senão uma forte necessidade ou uma forte decisão de atingir o *rationale* do direito através da crosta que o recobre poderia sustentar uma tal pessoa nessa empresa. Mas se o direito fosse convenientemente codificado, tais mentes o estudariam; e poderíamos então esperar uma legislação incomparavelmente melhor e uma administração melhor da justiça do que a de agora. A profissão não seria meramente venal e dirigida à acumulação de somas, como o é no presente, mas, como na antiga Roma, constituiria a estrada que conduz às honras e ao prestígio político (*op. cit.*, vol. II, pp. 680-81).

Como se vê, Austin assume, nesta passagem, uma posição antitética relativamente à de Savigny, segundo o qual a codificação teria posto em crise a ciência jurídica, sustentando, ao contrário, que é o direito judiciário que torna impossível o desenvolvimento da jurisprudência, a qual receberia grande impulso pela codificação. Com referência à atitude assumida frente a esta por Savigny, ele observa:

> Sua oposição aos Códigos é o efeito de um preconceito de douto *Gelehrter* em favor do direito romano, e de antipatia nacional (*Lect. on Jur.*, vol. II, p. 1037).

(Apontando para o preconceito em favor do direito romano, que Savigny teria tido como *Gelehrter*, isto é, como doutor ou como professor, Austin parece quase insinuar que o estudioso alemão se opunha à codificação por medo que esta tornasse inútil sua ocupação de romanista; na realidade, a codificação, longe de extinguir os estudos romanistas, propiciou-lhes um esplêndido florescimento, liberando os estudiosos da preocupação de adaptar o direito do *Corpus juris* às exigências modernas e lhes permitindo estudá-lo de um ponto de vista e com método rigorosamente histórico.)

Os motivos pelos quais Austin apóia calorosamente a codificação podem ser vistos como sintetizados nesta sua afirmação:

> É melhor ter um direito expresso em termos gerais, sistemático, conciso (*compact*) e acessível a todos, do que um direito disperso, sepultado num amontoado de detalhes, imenso (*bulky*) e inacessível (*Lect. on Jur.*, vol. II, pp. 1023-1024).

Estas duas séries contrapostas de quatro adjetivos nos dão uma aspecção de conjunto das exigências que determinaram o movimento pela codificação e os argumentos pelos quais foi sustentada.

A maior dificuldade encontrada por Austin (e também por Bentham) em promover a codificação não era no plano teórico defendê-la das críticas dos adversários, mas elaborar um procedimento que lhe garantisse uma realização eficaz. Austin se dá conta que a codificação não pode ser obra de uma só pessoa (como queria Bentham), porque ninguém pode ter um conhecimento exaustivo da totalidade do direito; aliás, a codificação não pode tampouco ser obra de uma comissão, porque seus componentes teriam provavelmente concepções e princípios diferentes, do que resultaria uma codificação incoerente. Austin formula uma solução intermediária: o projeto deve ser redigido por uma só pessoa, mas posteriormente será reexaminado por uma comissão, que providenciará as correções e a integração que se fizerem necessárias.

Um último ponto em que Austin diverge de Bentham concerne ao requisito da acessibilidade do código. Para Bentham, ele deve ser acessível a todos os cidadãos; para Austin, por outro lado, deve ser acessível somente aos juristas, mas não ao povo.

Um código acessível a todos seria um código ruim, seja porque para ser compreensível ao homem comum o direito teria de ser excessivamente simplificado, seja, principalmente, porque um código acessível a todos seria continuamente submetido à discussão e à crítica da opinião pública, que exigiria constantemente novas reformas. Este motivo de divergência coloca ainda uma vez em evidência as posturas especulativa e política diferentes de Bentham e Austin: o primeiro é um filósofo (com uma boa dose de abstração) e um radical, o segundo é um jurista (sensível às exigências técnicas) e um conservador.

CONCLUSÃO DA PARTE HISTÓRICA

29. O fato histórico da produção legislativa do direito é o fundamento do positivismo jurídico; o significado da legislação.

Procuremos agora, extraindo as conclusões da investigação histórica precedentemente desenvolvida, precisar o significado histórico do positivismo jurídico, que, no início deste trabalho, definimos provisoriamente como "aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo"; podemos agora precisar que esta corrente doutrinária entende o termo "direito positivo" de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como "lei". Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva — ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente — do direito, e seu resultado último é representado pela codificação.

Investigamos o surgimento da idéia da legislação no processo de formação do Estado moderno. Um estudioso sueco, Gagner, em seu livro recentemente publicado em alemão, intitulado *Estudos sobre a história da idéia de legislação* (*Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala, 1960), quis situar a origem de tal idéia já nos séculos XII e XIII, isto é, na época em que se constitui a doutrina canonista; segundo esse autor a idéia da lei, isto é, da produção de normas jurídicas gerais por parte de uma pessoa investida de um poder soberano, surgiu por obra dos estudiosos do direito canônico e somente num segundo período foi passada para a sociedade civil e ingressou no patrimônio conceitual dos juristas.

Se buscarmos as idéias-matrizes (os princípios ideológicos), que subjazem ao movimento pela codificação da legislação, tal como se verificou durante a formação do Estado moderno, podemos destacar duas, uma e outra de marca nitidamente racionalista:

a) O dar prevalência à lei como fonte do direito exprime uma concepção específica deste último, que é compreendido como ordenamento racional da sociedade; tal ordenamento não pode nascer de comandos individuais e ocasionais (porque então o direito seria capricho

e arbítrio), mas somente de normas gerais e coerentes postas pelo poder soberano da sociedade, assim como a ordem do universo repousa em leis naturais, universais e imutáveis.

b) O dar a prevalência à lei como fonte do direito nasce do propósito do homem de modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento de suas leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem; mas para que isto seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; é mister, portanto, que seja posto através da lei. O direito consuetudinário não pode, de fato, servir a tal finalidade, porque é inconsciente, irrefletido, é um direito que exprime e representa a estrutura atual da sociedade e, conseqüentemente, não pode incidir sobre esta para modificá-la; a lei, em lugar disto, cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O costume é uma fonte *passiva*, a lei é uma fonte *ativa* de direito.

Em síntese, o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social.

O impulso para a legislação não é um fato limitado e contingente, mas um movimento histórico universal e irreversível, indissoluvelmente ligado à formação do Estado moderno. Nem todos os países formularam a codificação (resultado último e conclusivo da legislação), mas em todos os países ocorreu a supremacia da lei sobre as demais fontes de direito. Isto aconteceu também na Inglaterra. Se neste país não foi executado o projeto de codificação de Bentham, o pensamento deste, todavia, exerceu uma grande influência nas reformas legislativas e no desenvolvimento do sistema das fontes de direito. Não é por acaso que o século XIX foi chamado de o século benthamiano, já que viu afirmar-se na Inglaterra a prevalência do direito legislativo sobre a *common law* paralelamente à consolidação do Estado parlamentar.

Que a idéia da legislação não tenha somente uma marca continental conclui-se claramente do que assevera um estudioso anglo-saxão, Plucknett, no seu trabalho *A Concise history of the common law (Uma breve história do direito comum):*

> No presente o mais poderoso instrumento de mudança jurídica nas mãos do Estado é a legislação. Toda nação moderna possui uma ou mais legislaturas — na América há mais de quatro dúzias — e são extremamente ativas.
>
> Uma enorme quantidade de direito legislativo é produzida em cada sessão; uma grande quantidade dele diz respeito, é verdade, a problemas de administração e de polícia, embora não se possa negar que nos dias de hoje a legislação ocupa um lugar importante nos sistemas jurídicos modernos. Poucos temas de história do direito são mais interessantes que o surgimento e o progresso da legislação, o desenvolvimento de órgãos especiais destinados a criar o direito legislativo e o comportamento dos tribunais na interpretação dos resultados da atividade desses órgãos (*op. cit.*, p. 298).

30. A codificação inexistente na Alemanha: a função histórica do direito científico.

Há um outro fato histórico que parece colocar em dúvida o caráter universal do impulso para a legislação: e é o fato de no século passado a codificação não ter sido realizada na Alemanha, graças à "reação" provocada pela escola histórica e, em particular, por Savigny.

Observemos preliminarmente que a falta da codificação encontra sua explicação na particular situação política na qual se achava a Alemanha naquele período, isto é, no seu fracionamento político-territorial. Mas, principalmente, é necessário salientar que mesmo a escola histórica, embora se opondo à codificação, compartilhava das mesmas exigências que estavam na base do movimento pela legislação, a exigência, a saber, de dar a uma determinada sociedade um direito unitário e sistemático. Também a escola histórica compartilhava da crítica benthamiana ao direito judiciário, só que sustentava que se poderia remediar mais eficazmente os defeitos do direito existente mediante a ciência jurídica do que por intermédio da codificação, visto que a primeira produziria um direito com os mesmos requisitos positivos (unidade e sistematicidade) obteníveis mediante a segunda e, ademais, asseguraria uma outra vantagem — maior maleabilidade e maior adaptabilidade do direito — que a segunda não podia conseguir (o direito científico teria assim remediado o defeito da rigidez próprio do direito legislativo).

Na Alemanha do século XIX, portanto, a função histórica da legislação foi assumida pelo direito científico; também este, pois, pode

ser considerado como um filão da corrente do positivismo jurídico, vez que se funda em dois postulados típicos dessa corrente: a concepção do direito como uma realidade socialmente "dada" ou "posta" e como unidade sistemática de normas gerais. Só que a doutrina do direito científico considera como material jurídico "dado" ou "posto" de uma vez por todas o direito romano e sustenta que seja tarefa própria da ciência jurídica, mais do que do legislador, transformar esse material num ordenamento jurídico unitário e sistemático.

O direito científico alemão, que na primeira metade do século XIX deu origem à *doutrina pandectista*, atingiu seu clímax próximo da metade desse século, dando lugar àquela que foi denominada *Begriffsjurisprudenz* ou jurisprudência dos conceitos. Embora seja difícil apresentar uma lista de obras e autores que sejam expressões dessa corrente, visto que o termo "*Begriffsjurisprudenz*" foi empregado principalmente com intuito polêmico por seus adversários, pode-se dizer que a obra mais representativa da concepção que da ciência jurídica tinham os estudiosos alemães ligados a essa doutrina, é *O espírito do direito romano (Der Geist des römischen Rechts*, em quatro volumes, publicados entre 1852 e 1865) de Rudolf von Jhering. Num segundo momento, este jurista irá abandonar a jurisprudência dos conceitos para se fazer promotor daquela que foi chamada de *Interessenjurisprudenz* (jurisprudência dos interesses) com o livro *A finalidade do direito (Der Zweck im Recht,* 2 vols., 1877-1883).

31. Jhering: o método da ciência jurídica.

Na Alemanha do princípio do século passado, o direito científico constitui a verdadeira alternativa ao direito codificado. Para os pandectistas a codificação já havia ocorrido uma vez e se referiam ao Código de Justiniano. De agora em diante o desenvolvimento do direito devia ser realizado não tanto pelo legislador quanto pelo jurista. Na polêmica contra a codificação, a escola histórica não exaltara certamente o direito judiciário, mas o direito científico. O direito judiciário não participava sequer do sistema das fontes tal qual era enunciado pela escola histórica (ver p. 64).

Talvez se tenha exagerado a importância que teria tido na escola histórica o direito popular ou consuetudinário. O que Savigny tinha em

vista não era tanto uma exaltação do direito popular quanto uma reforma do direito científico. A essência do pensamento da escola histórica, primeiramente, e da pandectista, depois, não era de mudar em nada o sistema do direito vigente na Alemanha, mas que se algo devia ser alterado, o melhor remédio não era a codificação, mas o desenvolvimento da ciência jurídica. Também os juristas alemães, como os franceses e os ingleses, eram premidos pela quantidade de material jurídico confuso e disperso, mas sustentavam que a obrigação de trazer ordem ao caos cabia a eles mesmos e não a um legislador mais ou menos sagaz. Este conceito é expresso muito claramente por Savigny na seguinte passagem da *Vocação*:

> Esses materiais investem e oprimem de todos os lados, freqüentemente sem que o saibamos. Alguém poderia pensar, talvez, que tal ação pudesse ser destruída, procurando romper todo fio histórico e começar uma vida absolutamente nova [a alusão aos fautores da codificação aqui é evidente]; mas mesmo tal empresa seria fundada numa ilusão . . . Onde essa influência predominante dos materiais existentes é inevitável, será perniciosa para nós enquanto a sofrermos inconscientemente; benéfica, se lhe opomos uma força viva e criativa [e esta força não é outra senão a ciência do direito], se, mediante um aprofundado conhecimento histórico, dominamos esses materiais e assim nos apropriamos de todo o patrimônio das gerações passadas (*op. cit.*, p. 171).

Savigny, logo depois, esclarecia que, para este empreendimento científico, os alemães se adequavam particularmente pela "tendência científica geral congênita aos alemães e graças à qual estes são convocados em muitas coisas a anteceder outras nações" (p. 171).

No final do parágrafo anterior dissemos que a teoria desta concepção da ciência jurídica foi elaborada principalmente por Jhering. No último volume do *Espírito do direito romano,* ele afirma que a ciência jurídica é universal e que "os juristas de todos os países e de todas as épocas falam a mesma língua". O nacionalismo de Savigny era enfim superado. Esta idéia de uma ciência jurídica universal estava muito mais próxima da concepção racionalista do que da concepção historicista do direito. A universalidade da ciência jurídica é possível porque se serve de um método próprio, de certas técnicas de pesquisa elaboradas e refinadas através dos séculos, as quais são válidas para o estudo de qualquer ordenamento. Jhering define este método como um *precipitado* da sã razão humana em matéria de direito. Um jusnaturalista não teria usado uma linguagem muito diversa.

A operação mais importante à qual se deve dedicar o jurista, além daquela da aplicação do direito, é, segundo Jhering, a simplificação dos materiais jurídicos. Ele distingue uma simplificação quantitativa e uma qualitativa. Eis como define a primeira:

> A simplificação quantitativa tende a diminuir a massa dos materiais, sem por isto trazer prejuízo aos resultados que se deseja atingir. Fazer o máximo possível com o menor número de elementos possível, esta é sua lei: quanto mais restrito for o material, mais fácil será manuseá-lo (*op. cit.,* trad. fr., vol. III, p. 22).

Como se vê, uma das tarefas principais da ciência jurídica coincidia perfeitamente com uma das tarefas principais da codificação.

As operações características da *simplificação quantitativa* são essencialmente três:

a) A *análise jurídica*, que consiste em decompor o material jurídico transmitido nos seus elementos simples (como faz a química com a matéria). Neste capítulo Jhering se vale essencialmente da analogia com o alfabeto. A tarefa da análise jurídica é colocar junto com os elementos simples da experiência jurídica uma espécie de *alfabeto jurídico,* que deveria servir para compor, colocando-se as várias letras em diferentes combinações, todos os conceitos da ciência jurídica. Pode suceder, para dar um exemplo, que o conceito de "erro", como vício da vontade, aparece a primeira vez num contrato de compra e venda; mas, depois, constatando que este problema se apresenta novamente em outras exposições, abstraímos a noção de erro como noção de caráter geral que não se refere mais a uma exposição particular. O procedimento fundamental nesta etapa é a *abstração*, que permite destacar a noção geral do caso particular do qual ela surgiu.

b) A *concentração lógica*, que faz o caminho inverso em relação à operação precedente, visto que consiste em recompor aquilo que foi decomposto. Se a primeira operação é a análise, a segunda, como de resto em todas as ciências, é a *síntese*. Através desta operação de recomposição, o jurista chega à formulação do *princípio* latente e quase sempre não expresso nas leis. O legislador dificilmente reconhece o princípio, vindo a perder-se com disposições particulares. Cabe ao jurista percorrer toda a circunferência até encontrar a via de ingresso para chegar ao centro. E quando chega é sinal de que alcançou o princípio, a partir do qual se domina e se assenhora de toda a circunferência. A descoberta dos princípios é de importância capital para a ciência jurídica, não só pela concentração a que dá lugar, como também pelas novas regras que desta nascem.

Observe-se aqui que precisamente essa presunção de deduzir regras do princípio abstrato se tornou objeto das mais violentas críticas movidas contra a jurisprudência dos conceitos, acusada de deduzir as regras jurídicas não de uma avaliação concreta dos interesses em jogo, mas de um procedimento meramente lógico. Um dos maiores críticos desse procedimento será o próprio Jhering em seu segundo estilo: leiam-se algumas das saborosas páginas da obra *Serio e faceto nella giurisprudenza,* trad. it., Florença, Sansoni, 1954.

c) O *ordenamento sistemático*, que permite ao jurista não apenas ter uma visão de conjunto sobre dados da experiência jurídica, como ainda produzir novas regras. Jhering fala nesta etapa de uma função *produtiva* propriamente dita da ciência do direito. Eis como se exprime sobre o valor do sistema, numa página definitiva:

> O sistema abre à ciência um campo ilimitado de atividade, uma mina inesgotável de pesquisas e descobertas; é uma fonte das mais vivas alegrias intelectuais. Os limites estreitos da lei positiva não lhe conferem limites, as questões práticas imediatas não lhe traçam nenhuma via preestabelecida . . . Chegados a esta concepção da jurisprudência e do direito, não parecerá surpreendente que, durante mais de cinco séculos, essa ciência tenha podido exercer em Roma a mais viva atração e assumir o posto de primeira de todas as ciências. Abria ao espírito romano uma ocasião para uma ginástica dialética. E explica, ao mesmo tempo, por que os romanos não tinham filosofia: a ciência do direito dava plena satisfação e fornecia ampla matéria a toda sua tendência filosófica (*op. cit.,* pp. 77-78).

A *simplificação qualitativa* se resolve toda ela numa operação fundamental, na qual se reassume o valor científico da jurisprudência. Esta operação é a *construção*, em que Jhering vê mais propriamente a aplicação do *método da história natural* à matéria jurídica. É a construção que permite distinguir uma *jurisprudência superior* de uma *jurisprudência inferior*. Enquanto esta última se prende à interpretação da lei (pense-se, por exemplo, na função do jurista segundo a escola da exegese), a primeira vai além e alcança aquela operação específica do jurista científico, que é a construção. Todos os juristas falam de constru-

ção, mas nenhum jamais examinou seu caráter. Para Jhering, a construção consiste na individualização e no isolamento dos *institutos jurídicos*, que ele chama, para continuar a analogia com a ciência natural, de *corpos jurídicos*. Uma vez individualizado um desses corpos jurídicos, a tarefa da ciência jurídica é executar sua teoria, que se desenvolve essencialmente através destas fases quase obrigatórias: *definição* do instituto, ou noção que é dada com o estudo dos seus elementos constitutivos, que são o sujeito, o objeto, o conteúdo, o efeito, a ação; *evolução* do instituto, que está compreendida entre o nascimento e a morte (e eventuais modificações); *relação* desse instituto com outros institutos; enfim *inserção* do instituto assim construído no sistema.

A construção, para ser adequada à finalidade, deve seguir algumas regras, das quais Jhering precisa as três seguintes:

a) a construção deve ser aplicada exclusivamente ao direito positivo, cujo conteúdo deve respeitar, embora sendo livre quanto à forma;

b) deve ter em vista a unidade sistemática, por exemplo eliminando as chamadas impossibilidades jurídicas e procurando conciliar ao máximo possível o velho com o novo;

c) deve ter em vista uma construção simples e clara, ao contrário de confusa e deselegante (embora esta regra seja menos absoluta que as outras). Jhering fala, com referência a isto, de uma lei estética da construção jurídica. Para que uma construção seja, além de logicamente perfeita (segunda regra), também esteticamente perfeita, necessita ser *clara*, isto é, tal que torne a relação facilmente acessível ao nosso entendimento; *transparente*, de modo que as conseqüências de uma dada relação surjam sem véus; *natural*, isto é, tal que não derrogue às leis do mundo físico e natural.

Não me disporei a dizer que todas essas coisas ditas por Jhering sobre o método da ciência jurídica são exatas e convincentes. Mas certamente são indicativas de uma certa mentalidade, da mentalidade do jurista teórico, que constrói um belo sistema, preocupando-se mais com a lógica e com a estética do que com as conseqüências práticas de suas construções. É a mentalidade que geralmente tem sido atribuída ao jurista partidário do positivismo. E é por isto que dela tratamos aqui como conclusão do panorama histórico dessa corrente. A construção jurídica foi considerada a seguir tão indicativa dessa forma de pensar, que o próprio Jhering, na segunda fase de seu pensamento, a colocava em ridículo, ironizando a si mesmo da seguinte maneira:

Para um jurista moderno deseja-se a construção, como se deseja a crinolina para uma senhora que quer freqüentar a sociedade. Quem inventou esta moda, não saberei dizer. Consta-me, entretanto, que houve, sem mais, quem fez a construção da construção, e dela fixou os cânones, erigindo, para a execução desse trabalho, um plano novo do edifício da jurisprudência superior. Abaixo se faz o trabalho grosseiro; a matéria-prima aí é selecionada, preparada, limpa; numa palavra, interpretada. Depois passa para o plano superior, às mãos especializadas de artífices engenhosos, que a plasmam e procuram conferir-lhe forma artístico-jurídica. Quando a encontramos, a massa inerte se transfigura, torna-se coisa viva; e por uma espécie de fenômeno místico, a matéria, como um dia a argila prometéica, se anima: o homúnculo jurídico, quero dizer o conceito, se torna fecundo, se casa com seus similares e prolifera (*Serio e faceto*, *cit.*, p. 13).

PARTE II

A DOUTRINA DO POSITIVISMO JURÍDICO

INTRODUÇÃO

32. Os pontos fundamentais da doutrina juspositivista.

Limitamos a parte histórica deste trabalho exclusivamente às origens do positivismo jurídico, porque o seu ulterior desenvolvimento será estudado ao examinarmos os problemas doutrinários aos quais é dedicada esta segunda parte: tratando das várias teorias juspositivistas, faremos vez ou outra referência aos vários autores (especialmente da segunda metade do século XIX e do nosso século) que especificamente desenvolveram tais teorias.

As características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas, sendo que a cada um deles dedicaremos um capítulo:

1) O primeiro problema diz respeito ao *modo de abordar, de encarar o direito*: o positivismo jurídico responde a este problema considerando *o direito como um fato e não como um valor*. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo "direito" é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.

Deste comportamento deriva uma particular *teoria da validade do direito,* dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor.

2) O segundo problema diz respeito à *definição do direito:* o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a *teoria da coatividade do direito*. Essa teoria é conseqüên-

cia do modo de considerar o direito, que aludimos no item anterior: o considerar o direito como fato leva necessariamente a considerar como direito o que vige como tal numa determinada sociedade, a saber, aquelas normas que são feitas valer por meio da força (convém notar, porém, que esta doutrina não é exclusividade do positivismo jurídico, visto que seu primeiro formulador é geralmente considerado o jusnaturalista alemão Christian Thomasius).

3) O terceiro problema diz respeito às *fontes do direito.* Na parte histórica consideramos o positivismo jurídico sobretudo deste ponto de vista e vimos como este havia afirmado a *teoria da legislação como fonte preeminente do direito,* isto é, como este considera o direito *sub specie legis:* tal teoria coloca o problema das outras fontes do direito, que não desapareceram totalmente. O positivismo jurídico elabora toda uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume (excluindo-se o costume *contra legem* ou costume ab-rogativo e admitindo somente o costume *secundum legem* e eventualmente o *praeter legem*), das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário. Há, em seguida, o problema das fontes assim ditas "pressupostas" ou "aparentes" do direito, como a eqüidade e a natureza das coisas ou dos fatos (e veremos que esta última representa uma abertura inconsciente para o direito natural).

4) O quarto ponto diz respeito à *teoria da norma jurídica:* o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a *teoria imperativista do direito*, que se subdivide em numerosas "subteorias", segundo as quais é concebido este imperativo: como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo, como técnico ou ético. Há, em seguida, o problema das "normas permissivas", isto é, se estas normas fazem manifestar em menor grau a natureza imperativa do direito; e, enfim, trata-se de estabelecer a quem são dirigidos os comandos jurídicos, de onde deriva o problema dos destinatários da norma.

5) O quinto ponto diz respeito à *teoria do ordenamento jurídico*, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. O positivismo jurídico sustenta a *teoria da coerência e da completitude* do ordenamento jurídico[1];

a) a característica da *coerência* exclui que, em um mesmo ordenamento jurídico possam coexistir simultaneamente duas normas

[1] A este problema foi especificamente dedicado o nosso curso do ano acadêmico 1959-60. N.T.: publicado como *A Teoria do Ordenamento Jurídico* por Pólis/EDUSP, SP.

antinômicas (contraditórias ou contrárias), visto que já está implícito no próprio ordenamento um princípio que estabelece que uma das duas, ou ambas as normas, são inválidas*;

b) com o requisito da completitude, o positivismo jurídico afirma que, das normas explicita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico, o juiz pode sempre extrair uma *regula decidendi* para resolver qualquer caso que lhe seja submetido: o positivismo jurídico exclui assim decididamente a existência de *lacunas* no direito.

6) O sexto ponto diz respeito ao *método da ciência jurídica,* isto é, o *problema da interpretação* (entendendo-se o termo "interpretação" em sentido muito lato, de modo a compreender toda a atividade científica do jurista: interpretação *stricto sensu,* integração, construção, criação do sistema): o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista,* que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica). Este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou logo um debate tremendo, chamado pelos alemães de "batalha dos métodos" (*Methodenstreit*).

7) O sétimo ponto diz respeito à *teoria da obediência.* Sobre este ponto não se podem fazer generalizações fáceis. Contudo, há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a *teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal,* teoria sintetizada no aforismo: *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei).

Com referência a esta teoria, contudo, melhor do que de positivismo jurídico, dever-se-ia falar de *positivismo ético,* visto que se trata de uma afirmação de ordem não científica, mas moral ou ideológica; e também as origens históricas dessa doutrina são diferentes daquelas das outras teorias juspositivistas: enquanto, de fato, estas últimas concernem ao pensamento racionalista do século XVIII, a primeira diz respeito ao pensamento filosófico alemão da primeira metade do século XIX e, em particular, a Hegel.

Concluindo, o positivismo jurídico pode ser considerado sob *três aspectos*:

* (N.T.) É extremamente recomendável a este respeito a obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação*; Ed. Atlas, SP.

a) um certo modo de abordar o estudo do direito (ver item 1);
b) uma certa teoria do direito (ver itens 2 a 6);
c) uma certa ideologia do direito (ver item 7).

CAPÍTULO I

O POSITIVISMO JURÍDICO COMO ABORDAGEM AVALORATIVA DO DIREITO

33. O positivismo jurídico como postura científica frente ao direito: juízo de validade e juízo de valor.

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avalorativdade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade,* visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; *o juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade,* visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: "o céu é rubro", formulo um juízo de fato; se digo "este céu rubro é belo", formulo um juízo de valor.)

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente *objetivo* da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre *subjetivos* (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade. O fato novo que assinala a ruptura do mundo moderno diante das épocas precedentes é exatamente representado pelo comportamento diverso que o homem assumiu perante a natureza: o cientista moderno renuncia a se pôr diante da realidade com uma atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada por Deus a um certo fim) e aceita a realidade assim como é, procurando compreendê-la com base numa

concepção puramente experimental (que nos seus primórdios é uma concepção mecanicista). A mesma atitude tornou-se própria também das ciências sociais (isto é, das ciências que estudam o comportamento humano): assim, por exemplo, o lingüista estuda as línguas assim como estas existem efetivamente na sociedade, sem a elas aplicar qualquer juízo de valor, sem se perguntar, por exemplo, se são perfeitas ou não, se são conformes ou não um modelo ideal de língua e assim por diante. Mesmo o historiador se esforça em ser objetivo, em reconstruir os fatos, despojando-se de suas paixões e de suas preferências políticas e ideológicas, de modo a *explicar* os eventos e não *julgá-los* (neste sentido Croce dizia que "a História não deve ser justiceira, mas justificadora").

Pois bem, o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor:* na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito "justo" ou "verdadeiro" e direito "injusto" ou "aparente". Assim a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa.

Essa atitude contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração com base no direito ideal, pelo que na definição do direito se deve introduzir uma qualificação, que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser.

Para esclarecer estas duas atitudes diversas do juspositivismo e do jusnaturalismo é conveniente introduzir os dois conceitos de *validade* do direito e de *valor* do direito.

A *validade* de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe

como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é *válida* significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade.

O *valor* de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, pela qual esta é conforme o direito ideal (entendida como síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar); dizer que uma norma jurídica é *válida* ou *justa*[1] significa dizer que esta corresponde ao direito ideal.

O contrário de validade é *invalidade* e o contrário de valor (ou justiça) é *desvalor* (ou *injustiça*). Temos assim dois pares de termos (validade—invalidade; valor—desvalor) que não podem ser superpostos, porque representam dois pares de juízos sobre direito formulados com base em critérios reciprocamente independentes.

Ora, a posição jusnaturalista sustenta que para uma norma ser válida deve ser valorosa (justa); nem todo o direito existente é portanto direito válido, porque nem todo é justo. Esta posição identifica o conceito de validade e o de valor, reduzindo o primeiro ao segundo.

Há uma posição juspositivista extrema que inverte a posição jusnaturalista. Também esta identifica os dois conceitos, mas reduzindo o conceito de valor ao de validade: uma norma jurídica é justa pelo único fato de ser válida (isto é, de provir da autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico para pôr normas). É difícil, porém, encontrar um positivista que conscientemente assuma esta posição extrema. Talvez esta posição se possa encontrar em Hobbes, segundo o qual no estado de natureza não existem critérios para distinguir o justo do injusto, visto que tais critérios somente surgem com a constituição do Estado, sendo representados pelo comando do soberano (é justo o que o soberano ordena e injusto o que o soberano veta).

Mas não é esta a posição típica do positivismo jurídico. Neste, ao contrário, é habitual distinguir e separar nitidamente o conceito de validade daquele de valor (pode, de fato, haver um direito válido que é injusto e um direito justo — por exemplo, o direito natural — que é inválido); ainda não excluindo a possibilidade de formular um juízo sobre valor do direito, este sustenta que tal juízo se afasta do campo da ciência jurídica. Esta última deve se limitar a formular um juízo de

[1] "Válido" é o adjetivo do termo "validade"; "valoroso" é o adjetivo do termo "valor"; dado, porém, que "valoroso" é um adjetivo lingüisticamente pouco satisfatório, podemos substituí-lo pelo adjetivo "justo", visto que o valor fundamental que interessa ao direito é a justiça.

validade do direito, isto é, a assegurar a sua existência jurídica. A razão desta posição é clara: a distinção entre juízo de validade e juízo de valor é tão-somente um caso particular (referente ao direito) da distinção entre juízo de fato e juízo de valor. (A proposição: "este direito é válido" tende, com efeito, somente a dar uma informação que pode servir aos cidadãos, aos juízes etc; a proposição: "este direito é justo ou é injusto" tende, ao contrário, a influir sobre o comportamento dos cidadãos — fazendo com que obedeçam ou, respectivamente, desobedeçam ao direito.)

34. Ciência do direito e filosofia do direito: definições avalorativas e definições valorativas.

A distinção entre juízo de validade e juízo de valor veio a assumir a função de delimitação das fronteiras entre ciência e filosofia do direito. A atitude do juspositivista, que estuda o direito prescindindo de seu valor, fez refluir à esfera da filosofia a problemática e as pesquisas relativas a isso.

O filósofo do direito não se contenta em conhecer a realidade empírica do direito, mas quer investigar-lhe o fundamento, a justificação: e ei-lo assim colocado diante do problema do valor do direito. A filosofia do direito pode, conseqüentemente, ser definida como o estudo do direito do ponto de vista de um determinado valor, com base no qual se julga o direito passado e se procura influir no direito vigente.

Temos assim duas categorias diversas de definições do direito, que podemos qualificar, respectivamente, como definições científicas e definições filosóficas: as primeiras são definições *fatuais*, ou *avalorativas*, ou ainda *ontológicas*, isto é, definem o direito tal como ele é. As segundas são definições *ideológicas*, ou *valorativas*, ou *deontológicas*, isto é, definem o direito tal como deve ser para satisfazer um certo valor.

Os positivistas jurídicos não aceitam as definições filosóficas, porque estas (introduzindo uma qualificação valorativa que distingue o direito em verdadeiro e aparente, segundo satisfaça ou não um certo requisito deontológico) restringem arbitrariamente a área dos fenômenos sociais que empírica e fatualmente são direito.

Definições valorativas: caracterizam-se pelo fato de possuírem uma *estrutura teleológica,* a saber, definem o direito como um ordenamento que serve para conseguir um certo valor. Naturalmente o

valor, em função do qual o direito é definido, varia de filósofo para filósofo.

Uma das mais tradicionais definições filosóficas é a que define o direito em função da *justiça* (isto é, como ordenamento que serve para a realização da justiça). Esta definição já é encontrada em Aristóteles. Neste autor, a propósito, a identificação de direito e de justiça atinge até o plano lingüístico, visto que para indicar o "direito" Aristóteles usa o termo *díkaion*, que significa propriamente "justo" (de *dikê* = justiça; cf. § 1). Esta mesma definição pode ser encontrada num filósofo contemporâneo, Radbruch:

> Direito é a realidade que tem seu significado no servir ao valor jurídico, isto é, à idéia da justiça (*Rechtsphilosophie*, § 4).

Um outro valor, em função do qual se define freqüentemente o direito, é o bem comum; clássica é a formulação de Santo Tomás de Aquino:

> *Lex nihil aliud est quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata (S. th.*, I.a II.ae, q.90, art. 4).

Esta definição é claramente deontológica ou valorativa, visto que a lei é definida em relação a um fim particular, o bem comum; de onde, deste ponto de vista, a lei de um tirano *quoad exercitium* (isto é, do tirano que exerce o poder para a própria vantagem pessoal e não para o bem comum) não é uma lei verdadeira.

Uma outra famosa definição do direito é a de Kant:

> O direito é o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode entrar em acordo com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade (*Metafísica dos Costumes,* em *Escritos Políticos,* ed. UTET, p. 407)*.

Esta definição é ontológica ou deontológica? Alguns a considerarão ontológica, mas nós sustentamos que é claramente deontológica. Não define, com efeito, o direito assim como este é em todos os casos, mas assim como Kant queria que fosse, segundo suas próprias concep-

* (N.T.) Conforme Kant, Emmanuel — *Doutrina do Direito*, Col. Fundamentos do Direito, Ícone Editora, SP, 1993, p. 46.

ções políticas. Ainda aqui o direito é definido em função de um valor que este deve realizar, mesmo que este valor não seja nem a justiça nem o bem comum, mas a *liberdade individual;* é a liberdade (mais precisamente a liberdade externa, como ausência de impedimento) o valor que, segundo a concepção liberal teorizada por Kant, o Estado deve garantir através do ordenamento jurídico. Que a definição de Kant não é ontológica mas deontológica deflui com total evidência do fato de que bem poucos são os ordenamentos jurídicos que garantem a cada cidadão uma esfera igual de liberdade. Com base na formulação kantiana, a todos os ordenamentos que não garantem este resultado deveria ser negado o caráter da juridicidade (assim não seria direito o ordenamento normativo da União Soviética, que se inspira na ideologia socialista, segundo a qual o Estado deve garantir aos cidadãos a segurança social).

Um recentíssimo exemplo de definição valorativa do direito pode ser encontrada nesta formulação de Piovani:

> O direito é a atividade dirigida à criação de meios capazes de impedir atentados à expansão da individualidade, que se realiza no mundo histórico (*Linee d'una filosofia del diritto,* Pádua, Cedam, 1958, pp. 235-36).

Mesmo esta é uma definição deontológica, porque define o direito em função de um certo valor (representado neste caso pela individualidade humana).

Definições avalorativas. O positivismo jurídico dá uma definição do direito estritamente fatual. Mas definições deste gênero já são encontradas em autores anteriores, que podem ser considerados precursores desta doutrina jurídica. Um pensador no qual já se pode encontrar uma clara distinção entre a definição ontológica do direito e a deontológica é Marsilio de Pádua (pensador medieval, autor de *Defensor pacis,* uma obra escrita com a finalidade de defender a independência do Estado frente à Igreja, e que leva às suas extremas conseqüências as doutrinas sustentadas pelos fautores do Império contra os curialistas). Ele, distinguindo os vários significados do termo "lei", afirma:

> A lei pode . . . ser considerada de dois modos. No primeiro, pode ser considerada em si, enquanto mostra somente o que é justo ou o que é injusto, vantajoso ou nocivo . . . Pode-se, em seguida, considerar a lei ainda de um outro modo, segundo o qual pela sua observância é dado um preceito coativo ligado a uma punição ou a uma recompensa serem atribuídas neste mundo, ou segundo seja derivada de um tal preceito; e somente quando é considerada deste último modo é chamada de "lei" e o é propriamente (*Il difensore della pace*, trad. it., UTET, 1960; Disc. I, cap. X, § 4, p. 155).

Como se vê, Marsilio distingue o significado deontológico da lei do ontológico. Se no primeiro sentido (impróprio) a lei indica o que é justo e o que é injusto, no segundo sentido (que é o próprio) a lei indica somente uma realidade fatual, isto é, um comando do Estado que se faz valer coativamente. O autor prossegue assim no § 5:

> Por esta razão, nem todos os conhecimentos verdadeiros das coisas justas e civilmente benéficas são leis, quando não foram emanadas mediante um comando coativo que imponha a sua observância, ou não foram feitas por meio de um comando, mesmo se, em seguida, um tal conhecimento verdadeiro seja certamente necessário para haver uma lei perfeita. Na verdade, mesmo conhecimentos falsos de coisas justas tornam-se às vezes leis, se é dado o comando para sua observância ou são feitas por meio de um tal comando. Um exemplo pode ser encontrado em alguns países bárbaros, onde é tida como norma justa ser absolvido da culpa e da punição civil um homicida, desde que pague uma certa soma por tal delito. Ora, esta norma é . . . absolutamente injusta e, conseqüentemente, as leis desses bárbaros não são absolutamente perfeitas (*op. cit.,* p. 156).

A partir desta passagem resulta que para Marsilio:
a) o que é justo não é de per si o próprio direito;
b) o justo não é um requisito essencial da lei, visto que a ausência da justiça não exclui a juridicidade da norma;
c) o justo serve para distinguir não tanto a lei da não-lei, mas sim a lei *perfeita* da lei *imperfeita*, isto é, a justiça incide não sobre a juridicidade mas sobre o valor lei.

Encontramos, então, neste autor, pela primeira vez, uma definição *neutral* do direito, que o liga ao poder soberano e àquela expressão típica desse poder, que é a coerção.

Definições deste gênero são encontradas sucessivamente no desenvolvimento do pensamento jusfilosófico, de Hobbes (ver § 8) a Austin (ver § 26) até os mais recentes expoentes do positivismo jurídico. Bastará recordar neste ponto a definição que do direito dá Kelsen, considerado um dos mais importantes e coerentes teóricos do positivismo jurídico. Segundo este autor o direito

é a técnica social que consiste em obter a desejada conduta social dos homens mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária (*Teoria geral do direito e do estado,* trad. it., Comunità, 1952, p. 19).

Notar-se-á como esta definição é depurada de todo elemento valorativo e de todo termo que possa ter uma ressonância emotiva. O direito é definido como uma simples técnica; como tal pode servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é em si independente de todo propósito e de todo valor.

35. "Positivismo jurídico" e "realismo jurídico": a definição do direito como norma válida ou como norma eficaz.

O positivismo jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da *validade*, considerando portanto como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da *eficácia*.

Uma corrente jurídica contemporânea (surgida no início do século passado), que pode ser considerada pertencente ao positivismo jurídico entendido em sentido genérico, embora se diferencie do positivismo em sentido estrito, sustenta que é insuficiente a definição do direito baseada no requisito único da validade, sendo necessário, pelo contrário, introduzir também o requisito da eficácia. O direito, observa essa escola, é uma realidade social, uma realidade de fato, e sua função é ser aplicado: logo, uma norma que não seja aplicada, isto é, que não seja eficaz, não é, conseqüentemente, direito. A doutrina desta corrente, que é conhecida com o nome de *escola realista do direito,* pode ser resumida da seguinte maneira: é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade.

As diferentes definições do direito dadas pela escola realista e aquelas da escola positivista (em senso estrito, por exemplo, a de Kelsen) decorrem do ponto de vista diverso em que os expoentes das duas escolas se colocam, para considerar o fenômeno jurídico; os juspositivistas

enfocam o direito pelo ângulo visual do *dever ser,* considerando assim o direito como uma realidade *normativa*; os realistas enfocam o direito do ângulo visual do *ser*, considerando assim o direito como uma realidade *fatual.*

É incorreto considerar incompleta a definição juspositivista baseada no requisito único da validade; esta realmente se adequa e reflete fielmente a atitude operativa, que efetivamente o jurista assume. O jurista, ao desenvolver a sua atividade, se coloca diante do direito de um ponto de vista normativo, considera as normas jurídicas no plano do dever ser: ele, antes de estudar o conteúdo de uma norma ou de um instituto jurídico, se pergunta se eles são válidos, mas não se indaga também se são eficazes, isto é, se ou em qual medida foram, são ou serão aplicados.

A diversidade entre a definição juspositivista e a realista nasce, em última análise, do modo diverso de individualizar a fonte do direito. O que significa para um realista dizer que o direito são as normas efetivamente cumpridas? Em outras palavras: que conduta se observa para estabelecer a efetividade de uma norma? Talvez a conduta dos cidadãos? Não: quando os realistas falam de eficácia do direito não se referem ao comportamento dos cidadãos; não pretendem dizer que são direito as normas aplicadas por estes últimos, e isto por dois motivos: em primeiro lugar, se se devesse acolher uma semelhante definição do direito, este não existiria porque não há normas jurídicas que todos os cidadãos respeitem; em segundo lugar, é extremamente difícil (e praticamente impossível) desenvolver uma investigação sociológica para verificar se e em qual medida os cidadãos aplicam certas normas — e conseqüentemente constatar quais são as normas jurídicas.

Falando de eficácia, os realistas se referem ao comportamento dos juízes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos. Normas jurídicas são, pois, aquelas que os juízes aplicam no exercício de suas funções, vale dizer no dirimir as controvérsias. A definição realista do direito não faz conseqüentemente tanta referência ao legislador que estabelece a norma, mas sobretudo ao juiz que a aplica; naturalmente no aplicar as normas legislativas é possível que o juiz lhes modifique o conteúdo, e portanto é possível uma divergência, uma defasagem entre o ordenamento do legislador e o dos juízes.

O problema de se dever considerar o direito do ponto de vista da validade (do dever ser) ou da eficácia (do ser), pode portanto ser reformulado assim: qual é o verdadeiro ordenamento jurídico? O do

legislador, embora não aplicado pelos juízes, ou o dos juízes, embora não seja conforme às normas postas pelo legislador? Para os realistas, deve-se responder afirmativamente à segunda alternativa: é direito verdadeiro somente aquele que é aplicado pelos juízes; as normas que procedem do legislador, mas que não chegam ao juiz, não são direito, mas um mero *flatus vocis*. Kantorowicz*, por exemplo, define o direito como:

> o conjunto das regras da conduta externa, de cuja aplicação o juiz está encarregado ("Legal Science", in *Columbia Law Rev.*, 1928, p. 679).

Numa obra posterior (*The Definition of Law* —Cambridge, 1958), o mesmo autor, depois de ter examinado e descartado uma longa série de definições do direito, afirma que a característica do direito é ser *justiciable* (termo inglês que não tem correspondente em italiano ou português), isto é,

> suscetível de ser aplicado por um órgão judiciário com um procedimento bem definido (*op. cit.*, p. 79).

A escola realista surgiu e se desenvolveu principalmente nos países anglo-saxônicos, enquanto o positivismo jurídico floresceu sobretudo na Europa continental — o que se explica perfeitamente, já que no mundo anglo-saxônico os juízes desempenham um papel de primeiro plano na produção das normas jurídicas, enquanto no mundo europeu continental a produção do direito é obra essencialmente do legislador.

36. O "formalismo" como característica da definição juspositivista do direito.

A definição do positivismo (em senso estrito) e a do realismo jurídico, em sua diversidade, têm um elemento em comum: são definições anti-ideológicas, definições que não fazem referência a valores ou fins que seriam próprios do direito. Deste ponto de vista, ambas podem ser qualificadas como definições *positivistas* (em sentido lato), em contraposição às definições ideológicas ou valorativas, que (sempre em sentido lato) podem ser qualificadas como *jusnaturalistas*.

* (N.A.) Um estudioso alemão emigrado na Inglaterra, que une, portanto, ao rigor científico dos alemães a clareza e a brevidade próprias dos ingleses.

Se desejarmos tentar precisar a característica fundamental das definições positivistas, veremos que esta é representada pelo fato de que as mesmas procuram estabelecer o que é o direito prescindindo de seu conteúdo, vale dizer, da matéria por este regulada; isto porque o conteúdo do direito é infinitamente variado. O ordenamento de uma sociedade primitiva e o de uma sociedade desenvolvida, o ordenamento de um Estado liberal e o de um Estado socialista, o ordenamento do Estado e o canônico ou o internacional podem ser muito diversos um do outro quanto ao conteúdo. Qualquer tentativa de definir o direito em relação ao seu conteúdo estaria fadada ao fracasso, porque não existe matéria que o direito não tenha historicamente regulado ou não possa num eventual futuro regular — até que a limitação do direito a disciplina exclusiva das relações externas (como faz Kantorowicz na primeira de suas duas definições referidas no parágrafo anterior) pudesse ser desmentida por uma sociedade do tipo daquela imaginada por Orwell*, onde um Estado supertotalitário controla até mesmo os pensamentos e os sentimentos dos súditos.

Com referência ao conteúdo das normas jurídicas, é possível fazer uma única afirmação: o direito pode disciplinar todas as condutas humanas *possíveis*, isto é, todos os comportamentos que não são nem *necessários*, nem *impossíveis*; e isto precisamente porque o direito é uma técnica social, que serve para influir na conduta humana. Ora, uma norma que ordene um comportamento necessário ou proíba um comportamento impossível seria *supérflua* e uma norma que ordene um comportamento impossível ou proíba um comportamento necessário seria *vã*.

Este modo de definir o direito pode ser chamado de *formalismo jurídico;* a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo — isto é, considera somente *como* o direito se produz e não *o que* ele estabelece.

O termo "formalismo" é usado em muitos ramos do saber filosófico e científico com significados muito variados, e também na linguagem jurídica tem sido usado para indicar uma pluralidade de conceitos diversos. Para evitar confusões, acrescentaremos ao termo formalismo um adjetivo que lhe precise a acepção. Assim, com referência à concepção do direito ora exposta, falamos de formalismo *jurídico*. Disto

* (N.T.) Orwell, George — *1984*, Cia. Ed. Nacional, SP (N.T.)

permanecem distintos o formalismo *científico* e o formalismo *ético*, que são as duas outras principais acepções com as quais este termo é empregado na linguagem dos juristas.

a) Entende-se por *formalismo científico* a concepção da ciência jurídica que dá relevo predominante à interpretação lógico-sistemática, de preferência à teleológica; segundo a concepção formalista da interpretação (característica, como já vimos, da escola da exegese), as concretas *regulae decidendi* são extraídas da norma legislativa, desconsiderando a finalidade perseguida por esta, o conflito de interesses que se deve dirimir e assim por diante, mas essencialmente com base numa operação de caráter lógico.

b) Entende-se por *formalismo ético* a concepção própria do positivismo jurídico como Weltanschauung, segundo a qual a ação justa consiste pura e simplesmente no cumprimento do dever imposto pela lei, qualquer que seja esta, qualquer que seja seu conteúdo (neste sentido se fala também de *concepção legalista* da moral).

Estas duas outras concepções do termo "formalismo" teremos ocasião de encontrar a seguir em nossa exposição da doutrina do positivismo jurídico. É necessário, porém, esclarecer as relações entre a concepção positivista e a concepção formalista do direito. Estas duas doutrinas não se identificam nem são estranhas uma à outra; diremos antes que são duas doutrinas diferentes que possuem, todavia, muitos pontos em comum e que se acompanham em seu desenvolvimento histórico.

CAPÍTULO II

A DEFINIÇÃO DO DIREITO EM FUNÇÃO DA COAÇÃO

37. As origens históricas da concepção coercitiva do direito: Thomasius.

O positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, no sentido que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito.

Antes de prosseguir, porém, é necessário fazer dois esclarecimentos importantes e os faremos de uma vez por todas: quando se diz que uma certa doutrina é própria do positivismo jurídico, em primeiro lugar, não se quer dizer que tal doutrina seja sustentada por todos os pensadores que pertencem a essa corrente — para ser um positivista jurídico não é necessário acolher todos os sete pontos enunciados na Introdução desta Parte; em segundo lugar, não se quer igualmente dizer que tal doutrina tenha sido enunciada pela primeira vez pelos juspositivistas, mas somente que estes a formularam com maior rigor e a conservaram constantemente.

Isto vale também para a concepção coercitiva do direito. Esta, firmando-se no elemento da *vis coactiva* (como diziam os escolásticos), implicitamente nos remete à organização social que possua tal força de modo eminente e exclusivo, o Estado; logo, definir o direito em função da coerção significa considerar o direito do ponto de vista do Estado. A definição coercitiva se funda, portanto, numa concepção estatal do direito. Esta concepção é, de fato, contemporânea da formação do Estado moderno, que foi teorizado no século XVII por Hobbes, embora seja na época do positivismo jurídico que tal concepção celebrou seus triunfos máximos (especialmente na obra de Jhering, como veremos).

É difícil estabelecer a data de nascimento da definição coercitiva do direito. A tradição refere-se ao pensamento de Christian Thomasius, um dos mais importantes expoentes do jusnaturalismo racionalista e que

viveu na Alemanha entre o fim do século XVII e o princípio do século XVIII. Discípulo de Pufendorf, as suas *Institutiones jurisprudentiae divinae* (de 1688) representam a retomada de temas tipicamente pufendorfianos. Mas na sua obra fundamental, os *Fundamenta juris naturae et gentium* (de 1705), expõe uma teoria pessoal, precedente histórico da teoria clássica da coação.

Não que a precedente tradição do jusnaturalismo racionalista ignorasse a distinção entre regras que podem e regras que não podem se fazer valer coercitivamente, mas tal distinção era formulada em termos de *jus perfectum* e *jus imperfectum* (com o uso de uma terminologia que remonta aos próprios romanos, nos quais se encontra a tripartição: *leges imperfectae, leges minus quam perfectae, leges perfectae*). Já Grócio, em seu *De jure belli ac pacis,* havia baseado na distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* dois tipos diversos de justiça: a *justitia attributrix* (justiça atribuidora) e a *justitia expletrix* (justiça executora). Um exemplo de justiça atribuidora é um ato de caridade. Tal ato é fundado, com efeito, num *jus imperfectum,* isto é, numa norma que impõe a um sujeito um certo dever, mas não ao outro sujeito, em favor do qual o dever é estabelecido, a faculdade e o poder de exigir com a força o seu cumprimento; um exemplo de justiça executora é representado, ao contrário, pelo pagamento de um débito procedente de um contrato. O pagamento se baseia num *jus perfectum* que não só impõe a um sujeito um certo dever, como atribui também ao outro sujeito, em favor do qual o dever é estabelecido, a faculdade e o poder de obter mediante a força o seu cumprimento. (A fórmula: "faculdade e poder de obter mediante a força o cumprimento de um dever" tem um significado diferente conforme se esteja no estado de natureza ou no civil. No primeiro caso, indica que ao próprio sujeito interessado é lícito recorrer diretamente à força, para obter quanto lhe é devido; no segundo caso, indica que tal sujeito pode recorrer ao Estado, para que este use a força para fazê-lo obter o que lhe é devido.) O uso da força por parte do sujeito em favor do qual é estabelecido um dever, no caso do *jus imperfectum,* é ilícito, constitui, um ato de violência; no caso do *jus perfectum,* o uso da força é, ao contrário, lícito porque tem uma função reparadora e representa não um ato de violência, mas de coerção.

Os jusnaturalistas distinguiam entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* não só com referência às relações entre sujeitos privados, mas também entre os súditos e o Estado (assim o Estado pode exigir o pagamento dos

impostos com base num *jus perfectum* e, portanto, o uso da força com este propósito é lícito; ao contrário, o interesse do Estado em que os súditos se casem, para que o povo não se extinga, é somente um *jus imperfectum* e, portanto, uma lei que tornasse o matrimônio obrigatório representaria um ato de ilícita violência); e a mesma distinção aplicava-se também às relações entre os Estados, onde, ainda mais, havia uma particular importância, porque servia para individualizar as normas do nascente direito internacional no conjunto de regras de natureza variada referentes às relações internacionais (assim, para dar um exemplo, se o dever de um Estado de sepultar os soldados inimigos mortos em batalha se funda num *jus imperfectum,* o Estado ao qual pertencem os soldados mortos não pode licitamente fazer guerra ao outro Estado para constrangê-lo a cumprir seu dever, enquanto que poderia se tal dever se fundasse num *jus perfectum*).

A inovação trazida por Thomasius para esta distinção tradicional poderia, em linguagem moderna, ser qualificada como uma *operação de purificação lingüística*. Ele, realmente, não nega a fundada distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* (no sentido em que esta individualiza dois tipos diferentes de normas), mas sustenta que não é exato qualificar como direito o assim dito *jus imperfectum,* o qual designa as normas pertencentes àquela que podemos chamar de esfera ética, e que, ao contrário, é preciso reservar o termo direito somente ao *jus perfectum,* visto que o direito é constituído unicamente pelas normas que são feitas valer coativamente. Esta distinção de Thomasius se tornou clássica, tanto que no fim do século XVIII os juristas se dividiam em duas escolas, segundo aceitassem ou não a definição do direito como norma coercitiva.

Thomasius, na realidade, não faz uma bipartição (entre direito e moral), mas uma tripartição, distinguindo todas as regras da conduta humana em três categorias, segundo se refiram ao *honestum*, ao *justum* ou ao *decorum*. O direito coincide com as normas referentes à esfera do *justum*, enquanto que o *honestum* e o *decorum* compreendem todas as ações que o homem realiza para cumprir um dever para consigo mesmo, refira-se tal dever ao próprio sujeito agente (*honestum*: por exemplo, a sobriedade), ou refira-se tal dever a outros sujeitos (*decorum*: por exemplo, a caridade). A função do *justum* é evitar a guerra e garantir a ordem, enquanto que a função do *honestum* é a de evitar os vícios e favorecer a perfeição pessoal. Por isto, Thomasius dizia que o *justum* evita o mal maior mas busca o bem menor, enquanto que o *honestum*

busca o bem maior mas evita o mal menor. Quanto ao *decorum*, visa assegurar aquilo que hoje chamamos de solidariedade humana e social, sendo esta uma categoria intermediária entre o *justum* e o *honestum*, eis que evita um mal e busca um bem de importância mediana.

Nosso autor tipifica estas três categorias individualizando para cada uma delas uma máxima fundamental.

Para o *honestum* a máxima é: faz por ti mesmo o que queres que os outros façam por si mesmos; para o *decorum* a máxima é: faz aos outros o que queres que os outros façam a ti; para o *justum*: não faz aos outros o que não queres que os outros façam a ti. (Como se vê, enquanto que as duas primeiras máximas impõem deveres positivos, a terceira — a do direito — impõe somente deveres negativos.)

Para distinguir o direito das outras normas éticas, Thomasius afirma que o direito regula as *ações externas e intersubjetivas*.

a) A *exterioridade* da ação distingue o direito das normas do *honestum*, as quais regulam as ações internas, isto é, as ações que somente interessam ao sujeito-agente.

b) A *intersubjetividade* distingue as normas jurídicas das normas do *decorum*, visto que se ambas regulam ações que se referem a um sujeito diverso do agente, somente as primeiras regulam ações intersubjetivas, isto é, ações nas quais o outro (o destinatário da ação) se põe como sujeito titular de uma pretensão a tal ação, enquanto que as segundas regulam ações externas, mas não intersubjetivas, faltando nestas esta relação de *reciprocidade*.

O que distingue o direito das outras duas categorias de normas é que só o direito pode se fazer valer mediante a força, a qual, pelo contrário, não é compatível com as ações referentes ao *honestum* e o *decorum*:

> *Ad decorum nemo cogi potest, et si cogitur amplius decorum non est (Fundamenta, cit.*, I, 5, § 21).

Como se vê, a teoria de Thomasius não trata simplesmente de uma questão acadêmica como seria a definição do direito, mas investe diretamente num problema fundamental de filosofia política, o dos limites da competência do Estado. O autor, de fato, não se limita a definir como normas jurídicas somente as normas coercitivas, estabelecendo também a que tipos de ação as normas jurídicas devem se referir, deixando fora do campo do direito (e, conseqüentemente, fora da

competência do Estado que tal direito põe) todos os atos relativos à vida interior do homem. E isto não por acaso. De fato, Thomasius (um dos primeiros iluministas alemães) era um veemente defensor da liberdade de pensamento e particularmente da liberdade e tolerância religiosas.

38. A teorização da concepção coercitiva: Kant e Jhering. Objeções a essa teoria.

Depois de Thomasius ter transformado a distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* na distinção entre direito (*justum*) e moral (*honestum* e *decorum*), no desenvolvimento posterior do pensamento jurídico, direito e coação se tornaram dois termos quase indissolúveis. Na elaboração teórica dessa concepção, Kant ocupou uma posição de primeiro plano. Como vimos anteriormente (ver § 34), este autor define o direito como meio para garantir a coexistência das esferas de liberdade externa de todos os cidadãos. Tal definição não é talvez incompatível com a afirmação também feita por Kant, segundo a qual a coação é um elemento característico e essencial do direito?

A resposta a esta pergunta pode ser encontrada num parágrafo da *Metafísica dos costumes*, intitulado "O direito é vinculado à faculdade de obrigar", em que o autor afirma:

> A resistência que é oposta àquilo que impede um efeito, serve como auxiliar deste efeito e se combina com este.
> Ora, tudo aquilo que é injusto é um impedimento à liberdade, enquanto esta é submetida a leis universais, e a própria resistência é um obstáculo que se faz à liberdade. Por conseguinte, quando um certo uso da própria liberdade é um impedimento à liberdade, segundo leis universais (quer dizer, é injusto), então a resistência oposta a tal uso, na medida em que serve para impedir um obstáculo feito à liberdade, coincide com a própria liberdade segundo leis universais, o que é justo. Daí que ao direito se une, de acordo com o princípio da contradição, a faculdade de obrigar quem o ofende (*Escritos Políticos*, cit., p. 408).*

Esta passagem poderá talvez parecer não totalmente clara ao leitor (e na realidade a *Metafísica dos Costumes*, escrita na tardia velhice, é talvez a obra de Kant que apresenta maiores dificuldades, devido à sua

* *(N.T.) Doutrina do Direito, op. cit.*, p. 47.

obscuridade e suas repetições). Seu significado, de qualquer maneira, é este: o meu ato ilícito representa um abuso da minha liberdade, com o qual eu invado a esfera da liberdade do outro; com o propósito de reconstituir em favor do outro a sua esfera de liberdade por mim injustamente invadida, o único remédio é usar a coerção, de modo a fazer-me desistir do meu abuso. A coação é uma não-liberdade (devida ao Estado), que repele minha não-liberdade. Esta é, portanto, uma negação da negação e, em conseqüência, uma afirmação (e precisamente é a reafirmação da liberdade do terceiro lesada pelo meu ilícito).

Deste modo, a coação é perfeitamente compatível com a noção kantiana do direito como fundamento da liberdade externa. O que distingue o direito da moral é precisamente o fato, que enquanto o primeiro é coercitivo, a segunda não o é; esta relação diversa do direito e da moral com a coerção deriva da natureza diversa do ato jurídico e do ato moral; o ato jurídico consiste puramente na conformação exterior do sujeito à norma e, assim, o fato de tal conformação ser obtida mediante a força não nega a juridicidade do ato; o ato moral consiste, ao contrário, na adesão à norma por respeito à própria norma, não podendo, pois, ser obtido mediante a força, porque esta não obtém a adesão interna necessária para a moralidade do ato. Ou, se quisermos considerar o problema não mais do ponto de vista da natureza do ato mas do ponto de vista da natureza da norma, poderíamos dizer: a coação se concilia com a norma jurídica porque esta é heterônoma, mas não com a norma moral, porque esta é autônoma.

Kant sugere, num apêndice curioso, que existem duas exceções ou casos anômalos ao princípio pelo qual o direito acompanha sempre a sanção: no primeiro caso temos um *direito sem coação* (e é este o caso do direito fundado na *eqüidade*, por exemplo, o direito do servidor de ser pago não com uma soma de dinheiro nominalmente correspondente àquela pactuada — o que é de estrito direito — mas com uma soma de dinheiro que tem o valor efetivo do pagamento pactuado, caso durante o serviço ocorra uma desvalorização da moeda; tal direito, sendo fundado somente na eqüidade, não pode se fazer valer coativamente); no segundo caso temos uma *coação sem direito* (e é este o caso de quem comete um delito agindo em estado de necessidade. Por exemplo, o náufrago que para salvar a si mesmo repele de uma tábua de salvação, que só pode carregar uma pessoa, um companheiro de desventura; nesta situação, observa Kant, o sujeito, sendo culpável, não é punível, porque qualquer punição não poderia ser maior que a perda da vida).

No século XIX, a doutrina da natureza coercitiva do direito se torna patrimônio comum do pensamento jurídico. Está presente, por exemplo, em Austin, que define o direito como um comando, mas individualiza a característica deste último precisamente na sanção. Mas a teorização mais importante e, por assim dizer, a celebração desta concepção se deve a Rudolf von Jhering, no seu trabalho intitulado *A finalidade no direito (Der Zweck im Recht)*, em dois volumes, dos quais o primeiro foi traduzido para o francês com o título *L'evolution du droit* e que representa uma obra capital na teoria geral do direito do século passado e no qual encontramos colocados alguns problemas que serão, depois, continuamente tratados na doutrina jurídica. Segundo Jhering, a categoria fundamental para interpretar o mundo das ações humanas é a *finalidade* (e portanto a relação entre meio e fim), bem como a *causa* é a categoria fundamental para interpretar o mundo da natureza. O autor distingue quatro tipos básicos de finalidades, que definem as quatro categorias fundamentais de ações humanas:

a) o *ganho* (*Lohn*) e a *coação* (*Zwang*) que caracterizam respectivamente a esfera do *econômico* e a esfera do *jurídico*. A atividade econômica é uma atividade dirigida para a obtenção de um ganho; a jurídica é dirigida para evitar uma conseqüência desagradável (a pena);

b) o *sentimento do dever* e o *amor* que caracterizam as esferas das atividades éticas.

(Estas quatro finalidades apresentam relações características: o ganho e o amor representam a busca respectivamente de um fim egoísta e de um fim altruísta; a coação e o senso do dever representam a obediência a uma regra respectivamente por temor da sanção contida na regra e por amor à própria regra.)

A coação define, assim, o mundo do direito e adquire existência pelo Estado. Direito, coação e Estado são, portanto, três elementos indissoluvelmente ligados. Eis como Jhering define a coação:

> Por coação, no sentido mais amplo, entendo a realização de uma finalidade mediante a subjugação de uma vontade alheia (*Der Zweck im Recht*, vol. I, p. 152).

(O autor interpreta a coação no sentido mais amplo, entendendo por coação não só a física como também a psíquica.) E eis como é definido o direito:

O direito é a forma que reveste a garantia das condições vitais da sociedade, fundada no poder coercitivo do Estado (*op. cit.*, vol. I, p. 441);

ou, mais breve e incisivamente:

O direito é o conjunto das normas coativas vigentes num Estado (*op. cit.*, vol. I, p. 320).

A coação se exerce por meio da *Gewalt*, termo que em alemão indica o *poder* que se manifesta na força; as relações entre poder e direito são assim definidas:

O poder (*Gewalt*) pode em caso de necessidade estar sem o direito... O direito sem poder é um nome vão sem realidade, porque só o poder, que realiza a norma do direito, faz do direito o que ele é e deve ser (*op. cit.*, vol. I, p. 253).

O Estado é definido por Jhering como a organização definitiva do uso do poder para as finalidades humanas, isto é, como a organização social detentora do poder coativo (*Zwangsgewalt*) regulado e disciplinado. Tal disciplina da *Zwangsgewalt* é precisamente o direito (*op. cit.*, vol. I, p. 318).

Depois de Jhering a teoria da coação se tornou *communis opinio* da filosofia do direito e é encontrada nas principais obras contemporâneas de teoria geral do direito. Assim, Del Vecchio afirma em suas *Lições de filosofia do direito* que o direito tem quatro características fundamentais: a bilateralidade, a generalidade, a imperatividade e a *coatividade*; e Carnelutti, na sua *Teoria geral do direito*, discerne os dois elementos constitutivos da norma jurídica no *preceito* e na *sanção*.

Entretanto, não faltaram e nem faltam resistências e críticas dirigidas a essa doutrina, que não é acolhida, por exemplo, por Jellineck e por Thon. Isto se deve ao fato de a teoria da coação estar vinculada a uma concepção puramente estatal-legislativa do direito (vale dizer, a uma concepção que vê no Estado, mais precisamente na lei, a fonte do direito); se se considera o direito por um ângulo visual diferente, o caráter da coatividade pode parecer não tão evidente e imediato. As críticas contra a doutrina da coação podem ser agrupadas em três objeções:

a) A coação está ausente do *costume*, que, sendo fundado na assim dita *opinio juris ac necessitatis*, representa uma adesão espontânea da consciência social a uma norma jurídica. Esta objeção parece de escasso

valor, visto que demonstra apenas que algumas regras jurídicas podem ser acatadas espontaneamente, enquanto que para negar a doutrina da coação seria preciso demonstrar a possibilidade de um ordenamento jurídico do qual estivesse totalmente ausente o uso da força. Ora, mesmo admitida a possibilidade de tal ordenamento, este não teria o caráter da juridicidade, não poderia assim ser qualificado como direito; se não queremos usar o termo direito atribuindo a este um significado arbitrário, não podemos qualificar como jurídico um ordenamento que não tem nada em comum com os ordenamentos historicamente conhecidos como jurídicos.

b) A segunda objeção se refere ao *direito público e constitucional*. Muitas normas que regulam as atribuições e as atividades dos órgãos supremos do Estado não são garantidas pela coação, porque não existem outros órgãos que possam aplicá-la (*quis custodiet custodes ipsos?*).

c) Uma terceira objeção é movida do ponto de vista do *direito internacional*, no qual parece não existirem meios para fazer valer coercitivamente as normas que regulam as relações entre os Estados. E, com efeito, a maior parte daqueles que sustentam a teoria da coerção nega a juridicidade do ordenamento internacional. De Austin, que considera tal ordenamento como moralidade positiva, a Carnelutti, que o considera como um direito *in fieri*, em embrião, mas não ainda efetivamente existente.

39. A moderna formulação da teoria da coação: Kelsen e Ross.

A doutrina da coação exposta no parágrafo anterior é a que podemos chamar de clássica ou tradicional. Mas depois de Jhering essa doutrina experimentou todo um desenvolvimento, com freqüência insciente, até chegar a assumir um significado completamente diferente. Para que o leitor possa acompanhar, antecipamos os resultados do nosso discurso e dizemos: para a teoria clássica, a coerção é o *meio* mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente; para a teoria moderna, a coerção é o *objeto* das normas jurídicas ou, em outros termos, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa.

Quando Jhering diz que "o direito é o conjunto de normas coativas vigentes num Estado", está claramente no âmbito daquilo que chama-

mos de *teoria clássica* da coerção. Mas existem dois pontos no pensamento desse mesmo autor nos quais ele resvala inconscientemente naquela que definimos como a *teoria moderna* da coerção. O primeiro ponto diz respeito à sua concepção do Estado. Quando diz que o direito é a disciplina da *Zwangsgewalt* (poder coativo) do qual o Estado é o detentor, ele parece considerar a coação não mais como um meio para fazer valer as normas jurídicas, mas sim como o objeto mesmo de tais normas.

O segundo ponto diz respeito à teoria dos destinatários da norma jurídica. Jhering é considerado o primeiro que substitui a concepção tradicional segundo a qual os destinatários das normas são os cidadãos (isto é, todos os membros da sociedade) pela concepção (hoje muito difundida) segundo a qual os destinatários são os órgãos judiciários (e, em geral, os órgãos do Estado). Na experiência jurídica encontramos normas (primárias) que regulam o comportamento dos cidadãos e outras normas (secundárias) que regulam o modo pelo qual os órgãos do Estado devem reagir, no caso de os cidadãos não cumprirem seus deveres. Segundo Jhering, as normas jurídicas propriamente ditas são as secundárias, enquanto que as primárias são apenas o pressuposto para que as secundárias sejam aplicadas. Mas, não há aqui uma contradição entre o definir o direito como normas que se fazem valer coativamente e o considerar como jurídicas apenas as normas dirigidas aos juízes? Com efeito, estas últimas não são normas que se fazem valer coativamente (estas são observadas por um fenômeno de adesão espontânea); porém são normas que disciplinam o uso da força relativamente aos cidadãos.

É difícil dizer como e quando ocorreu a passagem da concepção clássica da teoria da coação para a moderna, porque a diferença radical existente entre essas duas concepções não é geralmente notada e posta em evidência e, portanto, o processo de transformação ainda não foi estudado. Podemos, todavia, dizer que em alguns autores contemporâneos a doutrina da coação como objeto do direito é clara e conscientemente formulada. É enunciada, por exemplo, por Kelsen, que considera a sanção não mais como um meio para realizar a norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma. Contra a teoria tradicional da coação é formulada a objeção do *regresso ao infinito,* segundo a qual, se o direito é uma norma que se faz valer coativamente, também a norma secundária (que garante a aplicação da coação), porque é uma norma jurídica, deve por sua vez ser garantida por uma terceira

norma que estabeleça uma sanção para sua inobservância, e a terceira deve ser garantida por uma quarta e assim por diante, com duas possíveis conclusões: ou se postula um número infinito de normas (o que é absurdo) ou se admite que as últimas normas, sobre as quais se apóia um ordenamento jurídico não são feitas valer coativamente (o que desmente a afirmação de que o direito é constituído por normas coativas). Kelsen responde a esta objeção precisamente esclarecendo que o significado da teoria da coação por ele sustentada difere daquele que tal teoria tradicionalmente apresenta.

> A afirmação de que para assegurar a eficácia de uma regra de grau n é necessária uma regra de grau $n + 1$ e, portanto, seja impossível assegurar a eficácia de todas as regras que dispõem sanções, é correta; mas a regra de direito não é uma regra cuja eficácia seja assegurada por uma outra regra que dispõe uma sanção, mesmo que a eficácia desta regra não seja assegurada por uma outra regra. Uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é assegurada por uma outra regra que dispõe uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque dispõe uma sanção. O problema da coerção (coação, sanção) não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas sim o problema do conteúdo das regras (*Teoria geral do direito e do estado, op. cit.*, pp. 28-29).

Mas o autor que mais clara e conscientemente põe o dedo na ferida, coloca em evidência o significado novo e diferente que a teoria da coação assumiu é Ross, ex-aluno de Kelsen, que em muitos pontos abandonou os ensinamentos de seu mestre (é, na verdade, um dos mais respeitáveis expoentes da escola realista do direito). Contudo, no que se refere ao ponto que aqui nos interessa, Ross permaneceu fiel à posição kelseniana e desta evidenciou todas as conseqüências implícitas. Assim se expressa:

> Devemos insistir no fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que tais normas dizem respeito à aplicação da força e não que são protegidas por meio da força (*On Law and Justice,* p. 53). Um sistema jurídico nacional é um sistema de normas que se referem ao exercício da força física (*op. cit.,* p. 52).

Segundo a moderna formulação da teoria da coação, o direito é, por conseguinte, um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade. Para esclarecer esta concepção

do direito, consideremos a passagem do estado de natureza ao estado civil (o que serve muito bem como instrumento de análise conceitual). O estado de natureza é caracterizado pelo uso indiscriminado da força individual. Cada um usa o próprio arbítrio de sua força, sem que tal comportamento possa jamais ser qualificado como ilícito (Hobbes falava neste sentido de um *bellum omnium contra omnes*). O direito surge quando cessa este exercício indiscriminado da força individual e se estabelecem as modalidades de exercício da força, com referência a quatro pontos fundamentais: *quem*, *quando*, *como*, *quanto*:

a) O direito estabelece antes de mais nada *quem* deve usar a força: seu exercício não diz respeito a todos, mas somente a um grupo determinado de pessoas. Temos assim a formação do monopólio do uso da força em favor de um grupo social (o Estado e os seus órgãos) e o exercício da força se qualifica como lícito ou ilícito segundo provenha do grupo monopolizador ou de outros sujeitos. Quando um particular mata uma pessoa há um crime, enquanto que quando o Estado mata um condenado à morte (através do carrasco) temos um ato lícito (e para o carrasco, um dever); os dois fatos são materialmente idênticos, mas têm uma qualificação jurídica diferente e oposta.

b) O direito estabelece em segundo lugar *quando* o grupo monopolizador pode usar a força. Esta não pode ser exercida arbitrariamente, mas somente quando ocorrem determinadas circunstâncias previstas pela lei (isto é, quando são cometidos ilícitos; assim o código penal pode ser considerado não como um conjunto de normas que dirigem comandos aos cidadãos, mas sim como um conjunto de normas que impõem aos juízes a aplicação de certas penas, quando os cidadãos cometem certos atos).

c) Em terceiro lugar, o direito estabelece *como* a força deve ser exercida. As normas processuais regulam precisamente a modalidade através da qual se julga a aplicação da coação, de modo a atribuir aos cidadãos certas garantias contra usos arbitrários do poder por parte do Estado.

d) E enfim o direito regula também a *quantidade* da força, estabelecendo quais atos de coerção podem ser exercidos; e também isto tem o objetivo de reduzir ao mínimo o exercício arbitrário do poder por parte do grupo monopolizador.

Para esclarecer esta concepção do direito como regulamentação do uso da força, podemos dar alguns exemplos extraídos de ordenamentos normativos diferentes daquele do Estado. Consideremos a *sociedade*

familiar. Se todos os seus membros fossem livres para se engalfinharem distribuindo pescoções, estaríamos diante de um uso indiscriminado da força. Ao contrário, as famílias são reguladas por leis não escritas, que estabelecem quem pode empregar a força (o pai, e, delegado por ele, a mãe), a medida em que deve ser usada (o pai que pune o filho se comporta de modo diferente de como se comportam dois irmãos que altercam entre si) e, enfim, as circunstâncias nas quais a força deve ser usada. Segundo a concepção que estamos ilustrando, seria impróprio formular uma regra familiar nestes termos: "O filho deve estudar a lição e, se não a estudar, seu pai o punirá"; ao contrário, é formulada da seguinte maneira: "O pai deve punir o filho se este não estuda a lição".

Um outro exemplo é representado pela regra do *código de cavalheirismo*. Esse código não estabelece, de fato, quais são os deveres dos cavalheiros, mas como deve ser usada a força, caso sucedam certos fatos previstos por outras normas (de natureza moral, social etc.); o código de cavalheirismo serve então para evitar um uso indiscriminado da força. Em nosso caso, para evitar que os súditos nobres troquem tiros de revólver ou golpes de sabre na via pública. Outro caso é representado pelas regras (recentemente recolhidas e publicadas por Pigliaru) que disciplinam o exercício da vingança entre os pastores da Barbagia, na Sardenha; mesmo a *vingança brutal* é regulamentada por normas precisas, que estabelecem quais são os atos ofensivos pelos quais a vingança pode (ou melhor, deve) ser efetuada e as próprias modalidades da execução (por exemplo, é vedado, após ter morto o ofensor, ultrajar seu cadáver).

Um último exemplo, embora o mais importante, é representado pelo *ordenamento internacional*, que pode ser interpretado como ordenamento constituído não por normas que regulam as relações internacionais (guerra, represália). O núcleo essencial e historicamente originário do direito internacional é, na verdade, constituído pelo *jus belli*; tanto isso é verdade que nós dizemos que o direito internacional é irremediavelmente infringido quando são violadas as normas do direito bélico.

Da definição do direito como conjunto de normas disciplinadoras do uso da força decorre uma importante conseqüência: parece, com efeito, que tal definição não mais pode ser dita *formalista*, porque define o conteúdo, o objeto do direito. Trata-se de uma conseqüência que até agora não foi devidamente posta em evidência, mas que mereceria uma reflexão atenta.

CAPÍTULO III

A TEORIA DAS FONTES DO DIREITO: A LEI COMO ÚNICA FONTE DE QUALIFICAÇÃO

40. O significado técnico da expressão "fontes do direito".

O problema das fontes do direito é um dos pontos fundamentais da doutrina juspositivista, embora neste capítulo isto não nos reserve grandes novidades, visto que já tratamos deste assunto na Parte histórica, examinando as origens do positivismo jurídico particularmente do ponto de vista da primazia que, na formação do Estado moderno, a lei vem conquistando sobre outras fontes do direito.

Procuremos em primeiro lugar traduzir em termos técnico-jurídicos o significado da expressão, pertencente à linguagem comum, "fontes do direito": *são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas.* (Falamos de *fatos* ou de *atos* segundo os quais os eventos a que o direito se refere são acontecimentos em relação aos quais se prescinde da consideração do elemento subjetivo — conhecimento e vontade — próprio do agir humano, ou são comportamentos humanos que abrangem tal elemento subjetivo; com referência aos fatos falamos de *competência*, com referência aos atos falamos de *capacidade.*)

A importância do problema das fontes do direito está no fato de que dele depende o estabelecimento da pertinência das normas, com que lidamos a um determinado ordenamento jurídico: tais normas lhe pertencem ou não, conforme derivem ou não dos fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção das suas normas. Formulado em outros termos, o problema das fontes do direito diz respeito à validade das normas jurídicas. Uma norma é válida (isto é, existe juridicamente, cf. § 33) se for produzida por uma fonte autorizada, ou, em outros termos, pode remontar a um dos fatos ou atos competentes ou capazes, segundo o ordenamento, de produzir normas jurídicas.

A importância desse problema surge de imediato se observarmos que os juristas, antes de encarar o estudo da disciplina jurídica de uma dada matéria, se preocupam em estabelecer preliminarmente quais são as fontes de que decorrem as normas que regulam a matéria em questão. Por outro lado, os ordenamentos jurídicos que atingiram certa complexidade e certa maturidade, como os modernos, estabelecem eles mesmos quais são as fontes do direito, o que significa que estabelecem os critérios de validade das próprias normas. De fato, esses ordenamentos não contêm apenas normas que regulam o comportamento dos membros da sociedade, mas também normas que regulam a produção jurídica, isto é, normas que regulam o modo pelo qual deve ser normado o comportamento dos súditos (temos então uma regulamentação da regulamentação — poder-se-ia dizer: uma regulamentação ao quadrado). A doutrina jurídica distingue essas duas categorias de normas, qualificando-as respectivamente como *regras de comportamento* e como *regras de estrutura ou de organização.*

41. Condições necessárias para que num ordenamento jurídico exista uma fonte predominante.

A doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei) sobre todas as outras. Para que tal situação seja possível são necessárias duas condições: que num dado ordenamento jurídico existam várias fontes e que essas fontes não estejam no mesmo plano.

a) A primeira condição é que o ordenamento jurídico em questão seja um *ordenamento complexo*. Chamamos de ordenamento jurídico *simples* aquele no qual existe uma única fonte do direito e *complexo* aquele no qual existem várias fontes. Os ordenamentos jurídicos historicamente conhecidos são geralmente ordenamentos complexos. Mesmo um ordenamento normativo rudimentar como o familiar é geralmente um ordenamento complexo; seria simples se todas as suas normas fossem diretamente colocadas pelo pai, mas, ao contrário, este muitas vezes delega à mãe a disciplina de certas matérias e outras vezes as normas derivam dos usos do meio social ao qual pertence a família.

b) Mas o ordenamento deve ser, além de simples, também *hierarquicamente estruturado*. Chamamos de *paritário* o ordenamento onde existem várias fontes colocadas no mesmo plano, o que significa, sem

metáfora, várias normas que têm o mesmo valor; chamamos de *hierárquico* ou *hierarquizado* o ordenamento no qual há várias fontes não colocadas no mesmo plano, mas colocadas em planos diferentes, isto é, não têm o mesmo valor, mas sim um valor diferente, maior ou menor, visto que estão hierarquicamente subordinadas uma à outra.

Um ordenamento integralmente paritário (no qual todas as fontes do direito — lei, costumes, precedentes judiciários, regras da ciência jurídica possuem o mesmo valor) é também este, como um ordenamento simples, um caso mais hipotético do que historicamente verificável. Pode, contudo, haver um ordenamento parcialmente paritário, no qual algumas das fontes do direito têm o mesmo valor, por exemplo a lei e o costume. Neste caso, o juiz goza aparentemente de uma extrema liberdade de escolha no individualizar a norma da qual extrair a concreta *regula decidendi,* no sentido de que, existindo várias normas contrastantes entre si que regulam a mesma matéria e que derivam de fontes paritárias diversas, o juiz poderia escolher *indiferentemente* uma ou outra. Na realidade, tampouco neste caso o juiz goza desta total liberdade de escolha; existe, com efeito, um critério para estabelecer qual norma deva ser aplicada mesmo no caso de fontes paritárias. Trata-se do *critério cronológico,* segundo o qual, no caso de várias normas contrastantes entre si, deve ser seguida a norma que vem a existir posteriormente, com base no princípio *lex posterior derogat priori.* Assim, se a norma consuetudinária vem a existir depois da norma legislativa, aplicar-se-á a consuetudinária e em caso contrário será aplicada a legislativa.

Geralmente, porém, os ordenamentos jurídicos são hierarquizados, no sentido de que suas fontes se dispõem em planos diversos, hierarquicamente subordinados um ao outro. Neste caso o conflito de normas contrastantes entre si* e provenientes de fontes diferentes é resolvido não mais com base no critério cronológico, mas com base no *critério hierárquico*, formulado no princípio *lex superior derogat inferiori,* segundo o qual se deve aplicar a norma proveniente da fonte de grau superior, e isto mesmo que a norma proveniente da fonte de grau inferior seja posterior no tempo; no caso de conflito entre o critério cronológico e o hierárquico é portanto este último que prevalece (ver mais amplamente no capítulo V, § 53).

* (N.T.) Versa aqui o autor sobre a questão das antinomias, de que tratou mais extensamente em seu *Teoria do ordenamento jurídico*, Polis/ EDUSP, SP. Mais adiante, no § 53, há uma exposição mais completa do mesmo problema.

42. Fontes de qualificação jurídica; fontes de conhecimento jurídico (fontes reconhecidas e fontes delegadas).

A doutrina juspositivista das fontes assume os movimentos da situação acima descrita, isto é, da existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados, e sustenta que a fonte predominante, quer dizer, a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alto, é a lei, visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas. Esta relação de subordinação se explica ou com base num processo de *reconhecimento* (ou *recepção)* ou com base num processo de *delegação*, onde se fala de *fontes reconhecidas* ou de *fontes delegadas.*

a) Fala-se de *reconhecimento* ou *recepção* quando existe um fato social precedente ao Estado ou, de qualquer maneira, independente deste, que produz regras de conduta a que o Estado *reconhece* (isto é, atribui) *a posteriori* o caráter da juridicidade ou, em outros termos, que o Estado *recepciona* (isto é, acolhe em bloco) no próprio ordenamento sem ter contribuído para a formação do seu conteúdo.

b) Fala-se, ao contrário, de *delegação* quando o Estado atribui a um órgão diverso daquele portador da soberania, ou mesmo a uma instituição social não pertinente à organização do Estado, o poder de estabelecer normas jurídicas para certas matérias e dentro de certos limites estabelecidos pelo próprio Estado. Este poder se diz *delegado* precisamente porque não pertence originariamente à instituição que o exerce, mas ao Estado.

Nem sempre é fácil estabelecer se uma fonte subordinada deve ser considerada reconhecida ou delegada, porque muitas vezes a resposta depende essencialmente do ângulo visual em que cada um se coloca e da maior ou menor simpatia que se tem por estas duas categorias jurídicas do reconhecimento e da delegação (se forem seguidos critérios estritamente jurídico-formalistas, a propensão será para a segunda categoria; se forem seguidos critérios jurídico-sociológicos, a propensão será para a primeira).

Um exemplo quase que indiscutido de fonte reconhecida é representado pelo *costume.* Neste caso, com efeito, estamos diante de regras produzidas pela vida social externamente ao ordenamento jurídico do Estado, e por este último acolhidas num segundo momento como normas jurídicas. Mas até mesmo este exemplo foi submetido à discussão.

Balossini, num estudo recente e amplo sobre o costume[1], afirma, realmente, que os usuários (isto é, os membros da sociedade), os quais com a repetição de seu comportamento dão origem à norma consuetudinária são verdadeiros órgãos do Estado e que seus atos são análogos aos atos dos membros do Parlamento que votam uma lei. A produção legislativa do direito seria apenas um modo mais rápido de produzir o direito mediante o emprego de profissionais da produção jurídica (os membros do Parlamento). A construção de Balossini é uma tentativa, conduzida de um ponto de vista formalista, de explicar o costume como fonte delegada do direito.

Um caso muito mais debatido é o das *normas negociais*, isto é, as normas juridicamente vinculantes estabelecidas pelos cidadãos para regular os seus interesses privados por meio dos contratos e dos negócios jurídicos em geral. Segundo alguns, estamos aqui diante de um caso análogo ao do costume: trata-se, portanto, de normas estabelecidas pelos sujeitos no âmbito de sua *autonomia privada,* normas que o Estado se limita, num segundo momento, a convalidar no plano jurídico. Segundo outros, ao contrário, trata-se de normas que os particulares estabelecem com base no *poder negocial* delegado a eles pelo Estado, que julga mais conveniente não disciplinar diretamente certas matérias, mas delegar sua disciplina aos próprios interessados.

Um ótimo exemplo de fonte delegada são os *regulamentos*, quer dizer, as normas jurídicas emanadas do poder executivo para reduzir a ato as normas contidas numa lei, com base na autorização do próprio poder legislativo. Se considerarmos o ordenamento jurídico como uma *construção escalonada* (no sentido de ele ser constituído por um conjunto de normas hierarquicamente subordinadas umas às outras), poderemos utilizar o conceito de delegação para explicar outras relações de subordinação existentes entre as várias categorias de normas. Pode-se, realmente, ver entre o poder constituinte e o poder legislativo ordinário a mesma relação de delegação existente entre o poder legislativo e o poder regulamentar do governo. O poder legislativo ordinário aparece como o poder delegado para emanar normas segundo as diretrizes da constituição; a mesma relação de delegação pode-se ver entre o poder legislativo ordinário e o poder judiciário; este último pode ser considerado o poder delegado para disciplinar os casos concretos, dando execução às diretrizes gerais contidas na lei.

[1] C. E. Balossini: *Costumes, usos, práticas, regras do costume,* Milão, Giuffrè, 1958.

As fontes do direito que são colocadas num plano hierarquicamente subordinado têm um caráter e um significado jurídicos diferentes daquelas que são colocadas num plano hierárquico supremo. As primeiras, com efeito, produzem regras que não têm em si mesmas a qualificação de normas jurídicas, mas recebem tal qualificação de uma fonte diferente, superior àquela que as produziu; as segundas, ao contrário, não só produzem regras como também atribuem a estas, diretamente e por virtude própria, a qualificação de normas jurídicas. Por isto as fontes subordinadas são ditas *fontes de conhecimento jurídico* e as superiores *fontes de qualificação jurídica*. Ora, o positivismo jurídico, também admitindo uma pluralidade de fontes de conhecimento, sustenta a existência de um única fonte de qualificação e identifica esta última com a lei. Se, portanto, usamos o termo "fontes do direito" em sentido estrito, para indicar somente as fontes de qualificação, o ordenamento jurídico, assim como o concebe o juspositivismo, não aparece mais como um ordenamento complexo, mas como um ordenamento simples.

Para expormos a concepção juspositivista, passemos agora a examinar como no processo de formação histórica do Estado moderno a lei prevalece sobre todas as outras fontes do direito, vale dizer, como se tornou a única fonte de qualificação. Este processo pode ser estudado de dois pontos de vista bem distintos (e que nem sempre se ajustam perfeitamente): o ponto de vista da história da doutrina jurídica relativamente a tais fontes e o ponto de vista da história efetiva das próprias fontes (isto é, da história destas fontes como institutos positivos).

43. O costume como fonte de direito na história do pensamento jurídico e na história das instituições positivas.

A posição teórica e prática do costume tem particular importância no processo histórico que leva ao predomínio da lei sobre as outras fontes do direito.

1) *As doutrinas do costume como fonte de direito.* Três são as principais categorias elaboradas pelo pensamento jurídico para explicar o fundamento da juridicidade das normas consuetudinárias: a doutrina romano-canônica, a doutrina moderna e a doutrina da escola histórica. Destas três teorias, as duas primeiras negam ao costume o caráter de fonte de qualificação jurídica, visto que situam o fundamento da validade das normas consuetudinárias numa fonte diferente do próprio costume (e precisamente no poder legislativo ou no judiciário).

A *doutrina romano-canônica* (assim denominada porque encontra seu fundamento em algumas passagens do *Corpus juris civilis* e foi adotada pelo pensamento canonista) reduz o costume à lei, já que posiciona o fundamento da juridicidade do costume no próprio fato que funda a juridicidade da lei: a *vontade do povo*. Como a lei é um acordo estipulado entre os cidadãos, assim, segundo Hermogeniano, o costume é uma *tacita civium conventio* (D.1, 3, 35): a diferença entre a lei e o costume diz respeito somente ao modo, expresso ou tácito, com o qual o povo exprime a sua vontade — diferença totalmente transcurável, porque, como diz Juliano,

> *Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?* (D. 1, 3, 32, 1).

Essa concepção do costume foi acolhida inicialmente também pelos internacionalistas, que justificaram o valor dos costumes internacionais considerando-os tratados tácitos entre os Estados (trata-se, porém, de uma justificação hoje completamente abandonada).

A *doutrina moderna* do costume, que remonta a Austin, situa o fundamento da validade das normas consuetudinárias no poder do juiz que acolhe tais normas para resolver uma controvérsia. As normas consuetudinárias, visto que criadas pela sociedade, não são jurídicas — tornam-se jurídicas somente quando se fazem valer pelo poder judiciário, mas então não são mais normas populares, mas sim do Estado. Eis como Austin formula estes conceitos:

> Na sua origem, o costume é uma regra de conduta observada espontaneamente e não em execução a uma lei posta por um político superior. O costume é transformado em direito positivo quando é adotado como tal pelos Tribunais de Justiça e quando as decisões judiciárias formadas com base nele são feitas valer com a força do poder do Estado. Antes de ser adotado pelos tribunais e receber uma sanção legal, o costume é apenas uma regra da moralidade positiva, uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súditos, mas derivando sua força, que se pode dizer que possua, da reprovação geral que recai sobre aqueles que a transgridem (*Lect. on Jur., cit.*, pp. 101-102).

A tese de Austin é retomada por Lambert no seu estudo sobre *La fonction du droit civil comparé* (Paris, 1903), onde faz ampla investiga-

ção histórica não somente sobre o direito do mundo ocidental, mas também sobre o direito islâmico e de outras sociedades, para demonstrar como o costume se torna direito somente quando existem tribunais que o fazem valer.

Contra esta concepção do costume (mesmo parecendo mais convincente do que a doutrina tão evanescente do *opinio juris*) podem ser dirigidas algumas objeções. Se de fato se adota o critério de seu acolhimento por parte dos tribunais para distinguir os costumes jurídicos dos simples hábitos sociais, não é mais possível explicar a existência de costumes no direito público (especialmente naquele constitucional), onde não existem juízes que acolham e façam valer as normas consuetudinárias. E, todavia, os costumes do direito público existem e, pelo contrário, há certas constituições, como a inglesa, que são predominantemente consuetudinárias. Uma outra objeção mais grave é esta: a concepção austiniana do costume não permite explicar por que, em certos ordenamentos, o juiz seja vinculado a aplicar os costumes preexistentes; segundo a teoria de Austin, realmente, o juiz está sempre livre para acolher ou não as normas consuetudinárias. O problema é precisamente se podem existir costumes obrigatórios para o poder judiciário.

A única doutrina que situa o fundamento da validade das normas consuetudinárias no próprio costume é a *doutrina da escola histórica* (Savigny e, particularmente, Puchta). Segundo esta escola, o costume tem caráter jurídico independentemente do legislador, do poder judiciário e do cientista do direito, porque a sua validade se funda na convicção jurídica popular, no sentimento inato de justiça do povo, sentimento que permite distinguir os costumes jurídicos dos simples hábitos. Mas esta doutrina não tem sido seguida e os juristas sempre acolheram ou a teoria romano-canônica ou a austiniana. Prevalece, assim, a tendência a negar ao costume o caráter de fonte autônoma de direito.

2) *As relações históricas entre a lei e o costume.* Se considerarmos as relações entre a lei e o costume segundo ocorreram nos ordenamentos jurídicos historicamente conhecidos, poderemos considerar três situações típicas:

a) o costume é superior à lei;
b) o costume e a lei estão no mesmo plano;
c) o costume é inferior à lei.

a) No que diz respeito à primeira situação, é difícil encontrar exemplos concretos inteiramente satisfatórios. Não é possível, realmente, citar o caso do ordenamento internacional porque neste o costume é fonte primária de direito, não porque o costume prevaleça sobre a lei, mas porque esta última está ausente (a outra fonte do direito internacional, é o tratado, que corresponde às normas de direito interno postas pelos particulares com base em seu poder negocial). Pode-se talvez citar o caso do ordenamento inglês antes da consolidação da monarquia parlamentar, na qual a *common law* limitava o poder do rei, como se conclui das palavras abaixo de sir Edward Coke (o jurista que já tivemos oportunidade de citar, falando de Hobbes: cf. p. 34 e ss.).

> O rei com seus atos ou com outros modos não pode mudar parte alguma da lei consuetudinária ou do direito estatal ou dos costumes do reino (*12 Reports*, 75).

Neste caso é negada à lei força ab-rogativa quanto ao costume (isto é, nega-se a *lex contra consuetudinem*, antes da *consuetudo contra legem*).

b) O exemplo de um ordenamento no qual lei e costume estão num mesmo plano (podendo ab-rogar-se reciprocamente) é representado pelo direito canônico. Na Idade Média, a doutrina canônica (e o pensamento jurídico em geral) estava dividida quanto ao problema das relações entre lei e costume, visto que na compilação justiniana, à qual se fazia referência para resolver as questões jurídicas, estavam contidas duas afirmações que pareciam contraditórias. A primeira é representada por um fragmento de Juliano, no qual se admite o costume ab-rogativo:

> *Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* (D. 1, 3, 32).

A segunda formulação está contida numa constituição de Constantino, que, ao contrário, nega ao costume eficácia ab-rogativa da lei:

> *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* (C. 1, 8, 52).

A controvérsia para o direito canônico foi resolvida de modo autoritário por Gregório IX com a Decretal *Quum tanto*, em que

(acolhendo-se sem discutir a solução de Constantino) se admite, entretanto, que o costume possa ab-rogar a lei sempre que for *rationabilis* e *legitime praescripta* (isto é, tenha sido observada por um determinado período de tempo). Esta solução é conservada em todo o desenvolvimento do direito canônico e foi definitivamente consagrada no cânone 27 do *Codex juris canonici,* que considera três hipóteses: a) o costume não pode nunca ab-rogar o direito divino ou natural; b) o costume pode ab-rogar a lei se for *rationabilis* e houver uma prescrição de 40 anos; c) onde a lei exclua que o costume possa ab-rogá-la, este último tem, todavia, eficácia ab-rogativa se houver uma prescrição de 100 anos ou for imemorável.

c) A terceira situação, na qual a lei prevalece sobre o costume (onde se admite somente o costume *secundum legem,* ou no máximo *praeter legem*, mas não o *contra legem*) é aquela que é realizada com a formação do Estado moderno e foi teorizada pelo positivismo jurídico. Assim, na França, o art. 7º da lei de aplicação do Código Civil, do 30 ventoso* ano XII (1805), ab-roga os costumes gerais e locais relativos a assuntos tratados pelo código, deixando ativos apenas os costumes aos quais a lei expressamente se referia (e segundo a interpretação mais benévola, também aqueles relativos a matérias não reguladas pelo Código).

Os mesmos critérios foram seguidos pelo legislador do Código Civil italiano de 1865: o art. 5º das *Disposições* preliminares dispunha que "as leis não são ab-rogadas senão pelas leis posteriores" (excluindo aqui implicitamente a eficácia ab-rogativa dos costumes), e o art. 48 das *Disposições transitórias* estabelecia (repetindo quase literalmente o art. 7º da lei francesa ora citada, como se conclui pelos próprios termos usados):

> Nas matérias que formam o assunto do novo código cessam de ter força, a partir do dia da vigência do mesmo, todas as outras leis gerais ou especiais, como também os usos e costumes aos quais o próprio código expressamente não se refira.

O Código Civil italiano vigente repete nas suas *Disposições sobre a Lei em geral* as mesmíssimas prescrições. O art. 15 reproduz literalmente o art. 5º do Código ab-rogado e o art. 8º assim dispõe relativamente aos "usos" (isto é, os costumes):

---

* (N. T.) Junho, segundo o calendário republicano adotado na França entre 1793 e 1806.

> Nas matérias reguladas pelas leis e pelos regulamentos os usos somente têm eficácia enquanto são por estes evocados.

Fecha-se de tal modo a longa transformação das relações entre costume e lei, que podemos resumir com uma passagem transcrita da obra de Lebrun sobre os costumes:

> Do século X ao XII o nosso direito foi puramente consuetudinário; em seguida, apareciam as primeiras ordenações [*regie*]. O período monárquico havia representado uma fase transitória durante a qual o costume não havia cessado de decair. Enfim chega a Codificação e, no dia seguinte à promulgação dos Códigos, o nosso direito se tornou exclusivamente legislativo. A rivalidade entre lei e costume terminava com a derrota deste último. A codificação consagrava sua ruína e o triunfo da lei (*La coutume,* Paris, 1932, pp. 135-36).

44. **A decisão do juiz como fonte de direito. A eqüidade.**

A história do poder judiciário como fonte de direito é totalmente análoga à do costume. No processo de formação do Estado moderno, o juiz perde a posição que anteriormente detinha de fonte principal de produção do direito, para se transformar num órgão estatal, subordinado ao poder legislativo e encarregado de aplicar fielmente (podemos dizer, mecanicamente) as normas estabelecidas por este último. Tal processo histórico já foi examinado na Parte I, quando falamos da doutrina da separação dos poderes em Montesquieu, da teoria do silogismo de Beccaria (ver § 9) e da escola da exegese (ver em particular a passagem de Mourlon citada no § 22); o resultado de tal desenvolvimento pode ser sintetizado dizendo-se que, com base nos princípios do positivismo jurídico que foram acolhidos pelo ordenamento jurídico dos Estados modernos, o juiz não pode com uma sentença própria ab-rogar a lei, assim como não o pode o costume. O poder judiciário, portanto, não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação) do direito. Isto não exclui, entretanto, que o juiz seja em qualquer caso uma fonte subordinada, mais precisamente uma fonte *delegada*. Isto acontece quando ele pronuncia um *juízo de eqüidade*, a saber, um juízo que não aplica normas jurídicas positivas (legislativas e, podemos até acrescentar, consuetudinárias) preexistentes. No juízo de eqüidade, o juiz decide "segundo consciên-

cia" ou "com base no próprio sentimento da justiça". Poder-se-ia dizer também que ele decide aplicando normas de direito natural, se concebemos este último como um conjunto de regras preexistentes. Ao prolatar o juízo de eqüidade, o juiz se configura como fonte de direito, mas não como fonte principal, mas apenas como fonte subordinada, porque ele pode emitir um tal juízo somente se e na medida em que é autorizado pela lei e, de qualquer maneira, nunca em contraste com as disposições da lei. Isso acontece quando o legislador se encontra diante de certas situações que ele reputa impossíveis ou inoportunas disciplinar com normas gerais, solicitando a sua regulamentação ao poder judiciário.

Se quisermos um exemplo concreto, poderemos considerar o ordenamento jurídico italiano; o Código de Processo Civil italiano estabelece no art. 113:

> Ao se pronunciar sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do direito, a menos que a lei lhe atribua o poder de decidir por eqüidade.
> O conciliador decide por eqüidade as causas cujo valor não exceda duas mil liras.

Um caso importante no qual o juiz pode decidir por eqüidade está previsto no art. 114:

> O juiz, seja em primeiro grau ou em apelação, decide o mérito da causa por eqüidade, quando este se refere a direitos disponíveis pelas partes e estas unanimemente lhe façam o pedido.

Julgando por eqüidade o juiz age como um *árbitro*. Na linguagem comum, de fato, se pensa no árbitro como um *bonus vir,* que é escolhido pelas partes, para resolver uma controvérsia, dirimindo os interesses em conflito segundo seus próprios critérios de justiça. Mas em sentido jurídico o árbitro nem sempre pode prescindir do direito, como se conclui do art. 822 do Código de Processo Civil:

> Os árbitros decidem segundo as normas do direito, a não ser que as partes lhes tenham autorizado, mediante qualquer expressão, que se pronunciem por eqüidade.

Assim, segundo os artigos 114 e 822, o juiz e respectivamente o árbitro podem pronunciar um juízo de eqüidade quando são autorizados pelas partes interessadas e a controvérsia se refere a direitos disponíveis. Por outro lado, o art. 113 prevê casos em que o juiz pode ser autorizado

a julgar por eqüidade diretamente pela lei. Isto acontece em todos aqueles casos nos quais o direito substantivo faz referência à eqüidade, como, por exemplo, no caso do art. 1374 do Código Civil italiano, segundo o qual

> o contrato obriga as partes não só quanto ao que está no próprio contrato, mas também a todas as conseqüências dele derivadas segundo a lei ou, na ausência desta, segundo os usos e a eqüidade.

Como se vê, este artigo formula com exatidão o princípio segundo o qual os usos e a eqüidade (isto é, o costume e o poder judiciário) são fontes de direito iguais entre si, porém subordinadas à lei.

A doutrina[1] distingue três tipos de eqüidade: eqüidade substitutiva, eqüidade integrativa, eqüidade interpretativa.

a) fala-se de *eqüidade substitutiva* quando (como nos casos dos artigos 113, 114, 822 C. P. C*.) o juiz estabelece uma regra que supre a falta de uma norma legislativa;

b) fala-se de *eqüidade integrativa* quando (como no caso do art. 1374 C.C.) a norma legislativa existe, mas é demasiadamente genérica e portanto não define com precisão todos os elementos da *fatti specie* ou todos os efeitos jurídicos. Neste caso a eqüidade opera no âmbito da norma legislativa, completando-lhe as partes faltantes;

c) fala-se de *eqüidade interpretativa* quando o juiz define, com base em critérios eqüitativos, o conteúdo de uma norma legislativa que existe e é completa. É admissível tal eqüidade em nosso ordenamento jurídico? A doutrina juspositivista responde que não, observando que a eqüidade interpretativa pode se tornar um expediente para prolatar uma sentença que derrogue a lei. Como lastro a esta solução observa-se que as *Disposições sobre a lei em geral* antepostas ao Código Civil contêm normas precisas sobre a interpretação (artigos 12-14) e não prevêem entre os vários critérios hermenêuticos enunciados (interpretação literal, interpretação analógica, recurso aos princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado) o recurso à eqüidade. Sob o Código ab-rogado se poderia procurar um respiradouro para introduzir a eqüidade interpretativa no art. 3º das *Disposições preliminares* (correspondente ao atual art. 12),

[1] (N. A.) Ver o estudo de C. M. De Marini publicado em 1958: *Il giudizio di equità nel processo civile.*
* (N.T.) As referências à legislação, salvo menção expressamente em contrário, são àquela italiana.

o qual falava do recurso aos "princípios gerais do direito"**. Tratava-se de uma fórmula extremamente vaga à qual cada um atribuía o significado de sua preferência, e foi inclusive sustentado (por exemplo por Maggiore) que tal fórmula se referia aos princípios da eqüidade mas foi uma opinião pouco seguida.

Um último problema com referência ao *juízo de eqüidade* diz respeito à exata determinação da fonte de direito: é fonte de direito a *eqüidade* ou o *juízo*? O problema, que foi o objeto de um debate entre Calamandrei e Carnelutti, se expressa em termos processuais deste modo: a sentença emitida com base em um juízo de eqüidade é uma sentença *declarativa* ou uma sentença *constitutiva* (ou *dispositiva*)? (Sentença declarativa é a que se limita a assegurar uma situação jurídica disciplinada pelas normas preexistentes; sentença constitutiva ou dispositiva é a que produz *ex novo* uma situação jurídica com base numa norma criada com a própria sentença.) Calamandrei, num artigo de 1927 sobre "O significado constitucional dos juízos de eqüidade" (*Il significato costituzionale dei giudizi di equità), em seus estudos sobre o processo civil (Studi sul processo civile,* vol. II), sustenta que se trata de uma sentença declarativa, visto que aplica o direito da eqüidade preexistente à própria sentença: a fonte do direito não seria então o juízo, mas a eqüidade, concebida como um ordenamento normativo análogo ao legislativo. Carnelutti, ao contrário, sustenta em diversas ocasiões que se trata de uma sentença constitutiva ou dispositiva e esta é a opinião hoje unanimemente aceita (e acolhida posteriormente pelo próprio Calamandrei). De fato, o juízo de eqüidade é um juízo emitido sem regras preexistentes. A fonte do direito não é portanto a eqüidade, mas o juízo, visto que através deste se explica o poder normativo do juiz. Se se considera a eqüidade como uma fonte preexistente ao juiz, dever-se-ia admitir a eqüidade como fonte de direito também com referência ao legislador, que também não produz as normas às cegas, mas inspirando-se nas exigências da justiça, do bem social, etc., isto é, em última análise, na eqüidade. Visto que não se fala da eqüidade como fonte do direito posto pelo legislador, não há aqui motivo para falar da eqüidade como fonte do direito posto pelo juiz.

Considerar a eqüidade como fonte de direito nasce de se atribuir à locução "fonte do direito" não mais o significado técnico-jurídico de fatos ou atos aos quais o ordenamento jurídico atribui a competência ou

** (N.T.) Assim acontece na legislação brasileira contemporânea.

a capacidade de produzir normas jurídicas (fonte em sentido formal), mas um significado que podemos chamar de filosófico por indicar o *fundamento*, os princípios, portanto, que determinam o *valor* (no sentido em que este termo se contrapõe à validade; ver § 33) da norma.

Concluindo, no caso do juízo de eqüidade a fonte formal do direito é o juiz, que explica o seu poder normativo mediante sentenças dispositivas, entendendo-se por este termo "as sentenças que determinam autonomamente uma relação jurídica particular, que resolvem discricionariamente um conflito de interesses, que dispõem a disciplina jurídica para o caso concreto com uma solução particular não baseada numa norma preexistente geral" (De Marini, *op. cit.,* p. 245).

45. A chamada "natureza das coisas" como fonte de direito.

O discurso sobre juízo de eqüidade como fonte de direito passa, sem solução de continuidade, para o problema da assim chamada *natureza das coisas.* O juízo de eqüidade, diz-se por vezes, é aquele em que o juiz se pronuncia baseando-se na própria natureza do caso em controvérsia. Mas com isto, em lugar de esclarecer o problema, este se torna mais obscuro, porque a tentativa de precisar o novo conceito que é introduzido ameaça deixar-nos com o clássico punhado de quase nada.

A doutrina juspositivista clássica trata do problema da natureza das coisas no capítulo dedicado às fontes "aparentes" ou "presumidas" ou "pseudofontes", pondo num mesmo saco uma porção de noções diferentes (como a eqüidade, a necessidade, a natureza das coisas etc.) às quais é negada a qualificação de fontes autônomas de direito que a doutrina tradicional lhes atribuía. Assim Regelsberger, pandectista alemão, afirma:

> Natureza das coisas, razão das coisas, *naturalis ratio*, finalidade, exigências comerciais, sentimento jurídico são para mim expressões diversas da mesma coisa (*Pandekten*, I, § 12, p. 68).

Nesta passagem se tem a impressão de que a natureza das coisas indica algo que está além do direito positivo, mas que não se expõe ou não quer se definir.

"As leis são as relações necessárias que decorrem da natureza das coisas": estas palavras, com as quais Montesquieu inicia o seu *Espírito*

das Leis, iluminam a origem e o caráter da noção de natureza das coisas; trata-se de uma noção de derivação puramente jusnaturalista. A essência do jusnaturalismo consiste na convicção de se poder extrair as regras fundamentais da conduta humana da própria natureza do homem. Ora, é evidente o estreito parentesco entre o conceito de *natureza do homem* e o de *natureza das coisas*; entendendo o termo "coisas" em sentido lato (como sinônimo de "entes"), o primeiro conceito pode ser abrangido pelo segundo.

O conceito de natureza das coisas jamais foi examinado muito a fundo pelos juristas e nunca foi dada a ele uma definição que o subtraia das críticas que se possam fazer à definição jusnaturalista. Se pensarmos que Radbruch, que escreveu um importante ensaio sobre este assunto[1], se tornou posteriormente um jusnaturalista, perceberemos como o conceito em questão se põe inevitavelmente numa ordem de idéias orientadas em sentido jusnaturalista. A tentativa de definir a noção de natureza das coisas sem se pôr no plano inclinado que conduz às soluções jusnaturalistas, quando é feita, leva a resultados muito precários. Eis, por exemplo, como se exprime Dernburg:

> Mesmo partindo da natureza das coisas, devemos integrar o sistema normativo. As relações da vida, mesmo quando mais ou menos desenvolvidas, trazem em si o seu ordenamento. Este ordenamento imanente nas coisas diz-se *natureza da coisa.* A esta deve remontar com o pensamento o jurista quando faltar uma norma positiva ou seja esta incompleta ou não-clara. A natureza das coisas não deve confundir-se com o direito natural. O direito natural se apóia em deduções que tratam da essência do homem em si, não sendo apto à aplicação imediata (*Pandette*, trad. it., Turim 1906, vol. I, p. 100).

A tentativa de diferenciar o conceito de natureza das coisas das concepções jusnaturalistas é baseada por Dernburg em dois pontos: a) limitar o recurso a este conceito unicamente pela integração do direito por parte do juiz ou do intérprete, sem pretender que a natureza das coisas deva se impor também ao legislador; b) contrapor à consideração do homem abstrato, própria do jusnaturalismo, a consideração empírica do homem nas suas várias manifestações histórico-sociais. O juspositivista não considera o homem em si para deduzir metafisicamente dele as

[1] Publicado também em italiano com o título *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, em *Riv. intern. fil. dir.*, XXI, 1941, pp. 145-56.

normas jurídicas, mas considera as várias posições nas quais o homem pode ser encontrado — como pai, como contraente, como comerciante, como operário ou artesão — para extrair empiricamente destes determinadas soluções jurídicas. Mas a definição de Dernburg conserva em comum com o jusnaturalismo a idéia de uma regulamentação objetiva imanente à realidade das coisas e, conseqüentemente, a idéia de que tais normas valham por si mesmas, sem que seja necessário um ato de decisão por parte do homem.

A teoria da natureza das coisas experimentou nos últimos tempos um certo reviver. Surgiram numerosos ensaios em torno desse assunto na Alemanha, na França, na Itália e a ele foi dedicado uma Convenção Internacional de Filosofia do Direito há alguns anos na Universidade de Saarbrücken. Contudo, o conceito de natureza das coisas não possui uma tradição cultural comparável ao da eqüidade, não foi até agora examinado a fundo e o seu estudo é portanto muito mais difícil e melindroso. O conceito de eqüidade e aquele de natureza das coisas são dois conceitos paralelos e antitéticos ao mesmo tempo: paralelos porque têm a mesma função, a de fornecer uma solução a uma controvérsia na ausência de uma norma legislativa preexistente; antitéticos porque enquanto no caso da eqüidade a decisão se funda numa valoração subjetiva do juiz, no caso da natureza das coisas afirma-se que a solução é extraída do próprio fato que se deve regular, visto que este traria em si mesmo a própria disciplina.

A natureza das coisas é uma noção que nasce portanto da exigência de garantir a objetividade da regra jurídica. O problema é saber se existe efetivamente esta relação entre a natureza do fato e a regra. A nosso ver, a noção de natureza das coisas é negada por aquela que, em filosofia moral, é chamada de *falácia naturalista,* isto é, pela convicção ilusória de poder extrair da constatação de uma certa realidade (o que é um juízo de fato) uma regra de conduta (que implica num juízo de valor). O sofisma da doutrina da natureza das coisas, como do jusnaturalismo, é pretender extrair um juízo de valor de um juízo de fato.

Daremos um exemplo concreto para ilustrar essa falácia naturalista. Diante da norma que estabelece que no centro da cidade os automóveis só podem estacionar por uma hora, poder-se-ia dizer que se trata de uma regra extraída da natureza das coisas: o espaço disponível, o número de automóveis que estacionam são fatos objetivamente constatáveis e mensuráveis e é deles que se extrai a regra em questão. Na realidade, não

é o fato em si que impõe a regra, mas o fim que se quer atingir; é o fim que faz apreciar de um certo modo os fatos. Em nosso caso o fim é garantir a segurança do tráfego e a possibilidade de todos os motoristas poderem estacionar. Mas na determinação do fim intervém necessariamente um juízo (ou uma série de juízos) de valor. Em nosso caso, tais juízos de valor se referem ao bem comum dos cidadãos e daquele dos motoristas em particular. A aparente objetividade da norma hipostasiada não depende do fato de ser extraída da natureza das coisas, mas do fato de ser estabelecida para perseguir um fim que é por todos partilhado. A norma não se funda, assim, na objetividade do fato ou da situação, mas numa comunhão de subjetividade.

Entretanto, quando vem a faltar a concordância quanto ao fim, quando, portanto, mais fins entre si contrastantes se apresentam, cai então a aparente objetividade. Tomemos como exemplo o problema da disciplina jurídica das práticas anticoncepcionais. Por que não se pode extrair da natureza dos fatos a disciplina jurídica desse problema? Porque a opinião pública não é unânime sobre o fim a ser perseguido. Se o fim que aqui se propõe for a observância de uma certa regra ético-religiosa, parecerão agora relevantes certos fatos e se propõe uma certa solução; se, pelo contrário, o fim for o controle do crescimento demográfico, outros fatos parecerão relevantes e se propõe uma outra solução.

Na realidade, a natureza das coisas não pode, por si só, sugerir uma regra porque não pode sugerir um fim — no máximo ela pode, quando um certo fim foi previamente assumido, sugerir os meios para atingi-lo. Consideremos uma relação qualquer de causa e efeito, por exemplo aquela segundo a qual ao pressionarmos o pedal do acelerador a velocidade do carro aumenta. É possível converter tal relação de fato numa regra de conduta, substituindo o efeito pelo fim e a causa pelo meio, por exemplo:

1 Se queremos aumentar a velocidade, devemos pressionar o acelerador .

Mas na realidade esta não é a única regra de conduta decorrente da lei em questão. Podemos dela extrair, ao menos, outras duas e, portanto, além daquela registrada acima, que é uma regra imperativa positiva, também uma regra imperativa negativa:

2 — Se não quer aumentar a velocidade, não deve pressionar o acelerador;

e, finalmente, uma regra permissiva:

3 — Se lhe é indiferente aumentar a velocidade, pode pressionar o acelerador.

Posso obter, portanto, da natureza das coisas, uma infinidade de regras de conduta segundo a finalidade a que me proponho.

Por outro lado, não se afirmou que a concordância a respeito de fins permita conceber uma única regra de conduta: pode haver uma divergência sobre a avaliação dos meios para alcançar tal finalidade; por exemplo, no caso da regra sobre estacionamento posso estar de acordo quanto aos fins, mas não aprovar a regra porque posso achar que seria mais adequado construir estacionamentos elevados ou subterrâneos.

Concluindo, a dificuldade apresentada pela teoria da natureza das coisas consiste no seguinte: vez que possa sugerir uma certa relação entre meio e fim, não se diz que, ao existir concordância quanto ao fim, a relação entre meio e fim seja única e necessária e, portanto, também seja possível a concordância quanto aos meios; por outro lado, quando a relação entre meio e fim é única e necessária (sendo possível o acordo quanto aos meios), não se afirma que exista a concordância sobre a finalidade a atingir.

Admitindo-se que da natureza das coisas possam ser obtidas normas de conduta, estabelece-se um problema adicional: podemos qualificar a natureza das coisas como fonte de direito? Acolhemos, neste ponto, a mesma solução dada para a eqüidade, isto é, a negativa. Pode-se considerar a natureza das coisas como fonte apenas se, com tal expressão, se quiser indicar o *conteúdo* das normas jurídicas, a matéria da qual é extraída a *regula decidendi*. Mas, se entendemos por fonte, como se deve entender em linguagem jurídica, os atos ou fatos a que o ordenamento vincula a produção de normas jurídicas, não podemos qualificar como fonte a natureza das coisas, posto ter natureza jurídica a regra obtida a partir dessa não por ser expressão da natureza das coisas, mas pelo fato de ter sido posta pelo legislador ou pelo juiz ou, ainda, por quem é autorizado pelo direito a pôr normas. À natureza das coisas interessa apenas o conteúdo das normas, não o modo de sua produção.

CAPÍTULO IV

A TEORIA IMPERATIVISTA DA NORMA JURÍDICA

46. A concepção da norma jurídica como comando. Distinção entre comando e conselho. Austin e Thon.

Os expoentes do positivismo jurídico concordam em definir a norma jurídica como tendo a estrutura de um comando (exceto depois ao divergirem na determinação do caráter específico de tal comando, como veremos nos parágrafos 48 e 49). A teoria imperativista da norma jurídica está estreitamente vinculada à concepção legalista-estatal do direito (isto é, com a concepção que considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como a única expressão do poder normativo do Estado): basta, realmente, abandonarmos a perspectiva legalista-estatal para que esta teoria não exista mais. Assim não se pode configurar como comando a norma consuetudinária, porque o comando é a manifestação de uma vontade determinada e pessoal, enquanto o costume é uma manifestação espontânea de convicção jurídica (ou, se se deseja, é manifestação de uma vontade, mas indeterminada e impessoal). Do mesmo modo o esquema imperativista é inútil, se considerarmos, em lugar do ordenamento estatal, o internacional. Este último se exprime, não só mediante costumes, mas também por meio de tratados que fundam relações bi ou plurilaterais. Ora, os tratados são expressão de vontade determinante e pessoal, mas falta neles um outro elemento característico do comando, a *relação de subordinação*, visto que as relações internacionais são estabelecidas em base paritária.

A concepção imperativista do direito não surgiu com o positivismo jurídico, havendo uma longa tradição cultural precedente. Esta já se encontra no pensamento filosófico-jurídico romano. Cícero, por exemplo, afirma:

> *leges esse aeternum quiddam quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia* (*De legibus*, II, 8).

E o jurisconsulto Modestino, numa famosa passagem do *Digesto*, assim se exprime:

> *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire* (D. 1, 7, 1, 3).

A doutrina da lei como comando é fundamental no pensamento medieval, em que se encontra minuciosamente elaborada a distinção entre comando (*praeceptum*) e conselho (*consilium*). Essa distinção não tinha um mero interesse escolástico, mas era também de grande importância prática, visto que a doutrina católica distingue as prescrições evangélicas em comandos e conselhos, segundo sejam necessárias para a salvação eterna ou úteis para se obter maior perfeição espiritual. Por isto o problema relativo a essa distinção é abordado freqüentemente pelos teólogos, pelos filósofos, pelos canonistas medievais. Consideremos, por exemplo, o pensamento de Santo Tomás:

> *Consulere non est proprius actus legis, sed potest pertinere etiam ad personam privatam cuius non est condere legem (S. Theol.*, I.a II.ae, q. 92 art. 2).

Raciocinando *a contrario*, desta passagem pode-se argumentar que, segundo Santo Tomás, aquilo que é próprio da lei é o comandar, e eis como ele distingue o comando do conselho:

> *Haec est differentia inter consilium et praeceptum, quod praeceptum importat necessitatem, consilium autem in optione ponitur eius cui datur (S. Theol.*, I.a II.ae, 108, art. 4).

O comando comporta assim para seu destinatário uma necessidade (naturalmente uma necessidade moral, não física como comportaria uma lei científica), enquanto que o conselho deixa ao destinatário uma liberdade de escolha.

No pensamento pós-medieval, a concepção imperativista do direito continua a ser elaborada com referência à distinção entre comando e conselho. Tal concepção e tal distinção são particularmente salientadas em Hobbes (especialmente no capítulo XIV do *De cive* e no capítulo XXV do *Leviathan*) e em Thomasius.

Já tivemos a oportunidade de indicar a concepção hobbesiana do direito como comando (ver parágrafo 8). Eis aqui uma outra passagem na qual encontramos formulada essa concepção e ao mesmo tempo definida a noção de comando:

> A lei é o comando daquela pessoa (indivíduo ou assembléia) cujo preceito contém em si a razão da obediência. Assim chamam-se leis os preceitos de Deus para os homens, dos magistrados para os cidadãos e geralmente de todos os poderosos para quem não lhes possa opor sua resistência (*De cive*, trad. it., p. 265).

Também em Hobbes a distinção entre comando e conselho tem uma função precisa e importante: serve para distinguir a natureza das prescrições do Estado da natureza das prescrições da Igreja; o Estado dá comandos, enquanto a Igreja só pode dar conselhos. Assim justifica a subordinação da Igreja ao Estado e a afirmação de que não existe um outro poder a não ser o do Estado.

Thomasius utiliza os dois conceitos de comando e de conselho para distinguir o direito positivo do natural. O primeiro consiste em comandos, o segundo em conselhos. Eis aqui como ele define a lei, distinguindo uma acepção ampla e uma restrita deste termo:

> Na sua acepção mais ampla, a lei compreende as seguintes virtudes: persuadir, exortar, comandar, vetar, permitir, punir, constranger. Na acepção mais estrita, a lei tem uma virtude imediata: comandar e proibir; e outras virtudes mediatas e derivadas, como punir mediante os magistrados e constranger e anular por via judiciária as ações contrárias às leis (*Fundamenta*, cit., vol. I, cap. 5, § 4).

Este autor insere entre as duas categorias do comando e do conselho uma terceira categoria de preceitos que possuem natureza mista de comando e conselho. A esta última categoria pertence, por exemplo, a admoestação do pai ao filho; comandos são, ao contrário, aqueles dirigidos pelo superior ao inferior (isto é, do príncipe aos súditos, ou do senhor ao servo); as outras prescrições, como as do sábio, são meros conselhos.

Se quisermos resumir, poderemos agrupar sob seis pontos de vista diversos as diferenças que a tradição identificou entre comando e conselho.

1) *Em relação ao sujeito ativo:* aquele que dá um comando deve estar investido de uma autoridade (isto é, do poder de constranger à obediência o destinatário do preceito), enquanto aquele que dá um conselho pode ser desprovido de qualquer poder. Portanto, para o *comando* se requer a *autoridade*, para o *conselho* a *respeitabilidade*. (É

esta uma característica encontrada em muitos autores: Santo Tomás, Suárez, Hobbes, Thomasius.)

2) *Em relação ao sujeito passivo:* no comando o destinatário se encontra em posição de *obrigação* no conselho, ao contrário, em posição de *faculdade* ou *licitude* (Santo Tomás). Thomasius faz uma outra distinção: tanto o comando quanto o conselho impõem ao destinatário uma obrigação, mas no caso do comando trata-se de uma obrigação *externa*, ao passo que no conselho trata-se de uma obrigação *interna*.

3) *Em relação à razão de obedecer:* ao comando se obedece pelo seu *valor formal*, isto é, pelo único fato de ser um comando, uma manifestação da vontade do superior; ao conselho se obedece pelo seu *valor substancial*, isto é, pela respeitabilidade do seu conteúdo, pela sua capacidade de convencer o destinatário (Hobbes).

Uma categoria intermediária entre conselho e comando é a *diretriz*. Esta é a prescrição dada por um órgão superior a um inferior e à qual este último obedece somente se estiver de acordo, mas se não obedecer deverá motivar o seu dissenso. A diretriz importa, conseqüentemente, sempre uma obrigação: ou de obedecer ou de motivar a não-obediência, enquanto o conselho não implica sequer esta segunda obrigação.

4) *Em relação ao fim:* segundo Hobbes, o comando é dado no interesse daqueles de quem procede, enquanto o conselho é dado no interesse daqueles a quem é dirigido. Esta afirmação é porém discutível, visto que é expressão da concepção política pessimista-realista de Hobbes e não de uma análise técnica da estrutura do comando. Podemos também ter normas jurídicas estabelecidas no interesse dos destinatários (por exemplo, as relativas à circulação pelas estradas) e outras estabelecidas no interesse comum dos governantes e dos governados. Somente se considerarmos as leis como expressão da vontade popular poderemos dizer que elas são postas no interesse de quem comanda (neste caso, porém, a contraposição hobbesiana não é mais possível de um outro ponto de vista, já que quem comanda e quem obedece se identificam).

A contraposição hobbesiana é, ao contrário, correta se aplicada à distinção entre *pedido* e *conselho*. Se, por exemplo, digo "peço a você para não fumar", é porque o fumo me prejudica; se, em lugar disso, digo "aconselho-o a não fumar", é porque o fumo prejudica a você.

5) *Em relação às conseqüências do acatamento:* no caso do comando, se seu cumprimento causa conseqüências negativas, é responsável por estas não aquele que acatou a prescrição, mas sim aquele que a impôs; no caso do conselho, diferentemente, responde por eventuais

conseqüências negativas aquele que o cumpriu e não quem o deu. Trata-se do reverso da medalha de quanto foi dito no nº 2: quem recebe o comando é obrigado, mas é isentado da responsabilidade; quem recebe o conselho é livre, mas se o segue dele assume a responsabilidade.

6) *Em relação às conseqüências do inadimplemento:* este ponto é verdadeiramente *last but not least*, no sentido de que, se vem por último na classificação lógica, é todavia de primeira importância. Seja no caso do comando, seja no do conselho, o não-cumprimento pode provocar uma *conseqüência desagradável*. Mas no caso do comando, a *conseqüência desagradável* é uma *sanção*, vale dizer uma conseqüência *institucional*, isto é, organizada, desejada e efetivada pelo próprio sujeito que estabeleceu o comando; no caso do conselho, em vez disto, a conseqüência desagradável é uma *conseqüência natural*, isto é, não desejada e não-efetivada pelo conselheiro, mas que deriva do fato de que o inadimplente, com seu comportamento, pôs em movimento um processo causal que produz a conseqüência em questão, processo causal que o conselheiro havia previsto e que com a sua prescrição buscava evitar.

Assim, por exemplo, os avisos da sinalização rodoviária são de dois tipos: aqueles (circulares) que simbolizam um comando jurídico (exemplo: proibição de estacionar) e aqueles (triangulares) que simbolizam um perigo (exemplo: curva perigosa); a conseqüência da violação das advertências dadas pelas placas do primeiro tipo é a multa; a conseqüência da violação das advertências das placas do segundo tipo é (ou pode ser) um acidente automobilístico.

A teoria da norma jurídica como comando foi produzida e amplamente elaborada pelo positivismo jurídico. Como nos recordamos, o primeiro juspositivista que teorizou essa concepção foi Austin (ver § 26), cujas noções de *comando*, *obrigação* e *sanção* permaneceram basilares no pensamento jurídico anglo-saxônico. Na Europa continental (onde o pensamento de Austin exerceu muita influência), o principal teórico dessa concepção foi August Thon, na obra *Norma jurídica e direito subjetivo*, de 1878. Eis aqui duas passagens desta obra que formulam a definição imperativista do direito:

> Por meio do direito o ordenamento jurídico . . . tende a dar àqueles que estão sujeitos às suas estatuições um impulso para um determinado comportamento, consista tal comportamento de uma ação ou mesmo de uma omissão. Tal impulso é exercido por meio de preceitos de conteúdo ora positivo ora negativo (*op. cit.*, p. 12).

Todo o direito de uma sociedade não é mais que um *conjunto de imperativos*, tão estreitamente ligados entre si que a desobediência a uns constitui freqüentemente o pressuposto daquilo que por outros é comandado (*op. cit.*, p. 16).

47. A construção imperativista das normas permissivas.

Enunciada a concepção do direito como comando, o positivismo jurídico teve de responder às críticas movidas contra ela pelos adversários.

Antes de mais nada, tratava-se de esclarecer o significado da afirmação de que "o direito é um conjunto de imperativos". Que significa isto? Que todas as normas jurídicas individualmente consideradas são imperativos? Se é isto que se entende, objeta-se que a teoria imperativista não é exata, porque no direito se encontram, ao lado das normas *imperativas*, também as normas *permissivas* (já Modestino, como vimos no parágrafo anterior, afirmava que *"legis virtus... est... permittere"*).

Sustentamos que tal crítica é superável. Parece antes de tudo oportuno esclarecer o significado da expressão "normas permissivas", que é ambígua. Existem duas categorias diferentes de tais normas: as *normas permissivas* em sentido próprio, que atribuem uma *faculdade* ou *licitude*, e as *normas atributivas*, que conferem um *poder*. Estas duas categorias de normas são geralmente indicadas com o mesmo termo de "permissivas", porque ambas são formuladas usando o mesmo verbo "poder", que, porém, assume dois significados diferentes: nas normas permissivas *stricto sensu*, *poder* significa *ser lícito*, enquanto nas atributivas significa, em vez disto, *deter o poder*. (Em outras línguas, como na latina ou na alemã, estes dois significados do verbo poder são expressos com dois verbos distintos: *licere*, *durfen* para o primeiro significado; *posse*, *können* para o segundo).

1) Consideremos inicialmente as *normas permissivas no sentido estrito;* se quisermos exemplos destas, poderemos recordar o artigo 47 do Cód. Civ., segundo o qual

> se pode escolher domicílio especial para determinados atos ou negócios.

também contém uma norma permissiva o art. 65 do Cód. Civ., segundo o qual

> tornada exeqüível a sentença que declara a morte presumida, o cônjuge pode contrair novo matrimônio.

As normas permissivas em sentido próprio não contrariam na realidade a doutrina imperativista pelo fato de não serem normas autônomas, mas simples disposições normativas que servem para *limitar* (isto é, para *negar* entre certos limites ou em certos casos) um imperativo anteriormente estabelecido. Observam os juspositivistas que a fim de atribuir permissões não são necessárias normas jurídicas permissivas correspondentes, visto que todo ordenamento jurídico se baseia no postulado fundamental pelo qual é *permitido tudo que não seja ordenado nem vetado.* Quando num ordenamento se encontram disposições que atribuem a permissão de ter ou não ter um determinado comportamento, é porque com tais disposições se quer limitar ou negar um imperativo anteriormente estabelecido, que proíbe ou ordena ter aquele comportamento. Assim, a norma que permite a eleição de domicílio especial para determinados negócios é estabelecida porque existe uma outra norma (art. 42 do Cód. Civ.) que ordena considerar como domicílio próprio um lugar no qual cada um "tenha estabelecido a sede principal dos seus negócios e interesses"; destarte a norma, que consente em contrair um novo matrimônio depois de ser declarada a morte presumida do cônjuge, foi estabelecida porque existe uma outra norma que veta contrair novas núpcias desde que o cônjuge esteja vivo (arts. 86 e 149 do Cód. Civ.).

Visto que temos aí dois tipos de imperativos, os *positivos* (que estabelecem um *comando*) e os *negativos* (que estabelecem uma *proibição*), teremos também duas categorias de normas permissivas em sentido estrito, as *positivas* e as *negativas*. Para negar um imperativo positivo (por exemplo, o dever de pagar os impostos) é necessária uma proposição permissiva negativa (é permitido não pagar os impostos); para negar um imperativo negativo (por exemplo, não se deve matar, ou melhor, deve-se não matar) é necessária uma proposição permissiva positiva (é-lhe permitido matar).

Se quisermos recorrer à lógica simbólica, poderemos exprimir a relação (1) entre norma imperativa positiva e norma permissiva negativa, e a relação (2) entre norma imperativa negativa e norma permissiva positiva, deste modo (onde o signo "O" significa "obrigação", "P" significa "permissão", "a" significa uma "ação" qualquer e o signo "-" significa "não", isto é, simboliza a negação):

(1)	Oa	-Oa	=	P-a
(2)	O-a	-O-a	=	Pa

Assim, a obrigação positiva de realizar a ação *a* (Oa) encontra a sua negação na não-obrigação de realizar *a* (-Oa); transformando a proposição expressa em termo de obrigação numa proposição expressa em termos de permissão, a não-obrigação de realizar *a* se torna a permissão de não realizar *a* (P-a). E assim a obrigação negativa de não realizar *a* (O-a) encontra a sua negação na não-obrigação de não realizar *a* (-O-a) e, traduzindo esta última proposição em termos de permissão, se obtém a permissão de realizar *a* (Pa).

2) Ainda mais simples é a resposta no que concerne às *normas atributivas*. Enquanto que na norma permissiva encontramos a *faculdade* que é *oposta* ao *dever*, na norma atributiva encontramos o *poder* que é *correlato* ao *dever*. A norma atributiva, portanto, confere a um dado sujeito um poder, mas tal poder por parte do sujeito comporta sempre e necessariamente um dever por parte de um outro sujeito; por exemplo, enquanto o credor tem o poder de exigir o pagamento da soma emprestada, o devedor tem o dever de restituir tal soma. Esta correlação é *recíproca*, no sentido de que, como o poder implica o dever, assim também o dever implica o poder. Se a norma atribui um dever a um sujeito, atribui um poder a um outro sujeito.

Em síntese: enquanto a faculdade é criada por uma norma permissiva, que nega o dever estabelecido por uma norma imperativa precedente, o poder e o dever são duas situações correlatas criadas relativamente a dois sujeitos diversos a partir da mesma norma, que pode assumir indiferentemente a forma estilística imperativa ou atributiva. A norma atributiva então é apenas uma norma imperativa na qual o legislador se exprime em termos de poder, em lugar de se exprimir em termos de dever, dirigindo-se ao destinatário do poder, em vez de dirigir-se àquele do dever. (Neste sentido alguns autores qualificam as normas jurídicas como imperativo-atributivas.) Tomemos, por exemplo, o art. 102 do Cód. Civ., segundo o qual

> os genitores, e na falta destes, os outros ascendentes e parentes em terceiro grau podem fazer oposição ao matrimônio dos seus parentes, por qualquer causa que obste sua celebração.

Esta norma impõe o dever dos órgãos judiciários de acolherem a solicitação dos parentes legitimados para que o matrimônio seja impedido e poderia ser expressa de forma imperativa, como norma que ordena a tais órgãos acolher (ou não repelir) a solicitação em questão.

48. A caracterização do imperativo jurídico: tentativas insatisfatórias.

Um outro problema colocado pela concepção imperativista do direito é o da caracterização dos imperativos jurídicos, problema que pode ser formulado nos seguintes termos: as normas jurídicas são imperativas de um determinado tipo? Ou, dito de outra maneira, existe um tipo particular de imperativo que seja próprio das normas jurídicas?

A doutrina recorreu a diversas distinções, procurando caracterizar os imperativos jurídicos, mas sem chegar muitas vezes a resultados satisfatórios. Assim buscou utilizar a distinção entre:

1) *Imperativos positivos* e *imperativos negativos*. Como nos lembramos (ver § 37), Thomasius havia sustentado que o direito, diferentemente da moral, impõe somente obrigações negativas. Esta sua afirmação deu lugar a uma célebre polêmica com Leibniz que, ao contrário, afirmava que o direito continha também obrigações positivas. A opinião de Leibniz é atualmente acolhida por todos. Esta primeira distinção, portanto, não serve para caracterizar o imperativo jurídico.

2) *Imperativos autônomos* e *imperativos heterônomos*. (Imperativos autônomos são aqueles nos quais quem estabelece a norma e quem deve segui-la são a mesma pessoa; imperativos heterônomos são aqueles nos quais quem estabelece a norma é uma pessoa diferente daquela que deve segui-la.) Houve autores que quiseram empregar esta distinção afirmando que os imperativos jurídicos são heterônomos, mas a solução não parece convincente. As normas jurídicas podem ser tanto autônomas como heterônomas. Recordemos, por exemplo, que segundo Rousseau a democracia consiste em dar leis a si mesmos; e Kelsen utiliza a distinção entre autonomia e heteronomia no direito, para caracterizar respectivamente os ordenamentos jurídicos democráticos e os autocráticos. Na esfera do direito privado são imperativos jurídicos autônomos as normas estabelecidas com base no poder negocial dos particulares; por exemplo, o contrato é o ato com o qual os contraentes dão a si mesmos uma certa norma.

3) *Imperativos pessoais* e *imperativos impessoais.* (Com referência ao *sujeito que põe a norma*, os imperativos distinguem-se em pessoais e impessoais conforme a norma provenha ou não de uma pessoa determinada.) Alguns estudiosos sustentam que as normas jurídicas são sempre imperativos impessoais, visto que não são imputáveis a uma única pessoa especificamente determinada, mas provêm sempre de uma coletividade qualquer. Esta solução também não é convincente, porque se indubitavelmente as normas legislativas de um Estado parlamentar são impessoais, não se pode dizer o mesmo das normas emanadas pelo soberano de um Estado absoluto; e mesmo no Estado democrático existem normas pessoais (por exemplo, as contidas numa determinação emanada pelo prefeito).

4) *Imperativos gerais* e *imperativos individuais.* (Com referência ao *sujeito destinatário da norma*, os imperativos se distinguem em gerais e individuais segundo se dirijam a uma coletividade de indivíduos ou a um único sujeito especificamente determinado.) É uma afirmação muito difundida na doutrina jurídica que o direito é constituído por imperativos gerais, mas tal afirmação tende atualmente a ser abandonada para se admitir a existência de imperativos jurídicos individuais, pois também a sentença (que contém um comando individual) é considerada uma norma jurídica.

5) *Imperativos abstratos* e *imperativos concretos.* (Em relação ao conteúdo, os imperativos se distinguem em abstratos e concretos conforme o comportamento prescrito consista numa classe ou categoria abstrata de ações, ou, vice-versa, numa ação singular.) A doutrina tradicional considera as normas jurídicas como imperativos abstratos, mas esta opinião não pode ser acolhida porque mesmo o direito pode prescrever uma ação singular (por exemplo, uma lei eleitoral estabelecida para uma única eleição prescreve uma ação singular, embora complexa, e não uma categoria de ações; diga-se o mesmo de uma ordem de mobilização geral).

49. A caracterização do imperativo jurídico: o direito como imperativo hipotético.

Resta aqui examinar uma última distinção que, diferentemente das examinadas no parágrafo anterior, parece suscetível de ser proficuamente utilizada para caracterizar o imperativo jurídico. Trata-se da distinção entre *imperativo categórico* e *imperativo hipotético.* O imperativo categórico apresenta a seguinte forma:

Deve realizar A;

o hipotético tem a seguinte forma:

Se quiser B, deve realizar A.

Esta distinção foi formulada por Kant que, em *Fundamentação à Metafísica dos Costumes**, a usa para distinguir os imperativos morais (que são imperativos categóricos) de todos os outros imperativos (que são imperativos hipotéticos). O imperativo categórico comanda uma ação que é boa em si mesma, boa incondicionalmente, isto é, independentemente de qualquer fim que por ela se possa atingir. Assim, quando digo: "Não deves mentir", formulo um imperativo categórico, já que, se me perguntas: "Por que não devo mentir?" só posso responder: "Porque não deves mentir" (produzindo assim uma tautologia), ou então: "Porque não mentir é uma ação boa em si mesma".

O imperativo hipotético prescreve uma ação que não é boa em si mesma, mas é boa apenas condicionalmente, isto é, para atingir um dado fim. Assim quando digo : "Se queres comprar selos, deves ir ao correio", formulo um imperativo hipotético, visto que ir ao correio não é uma ação boa em si, que se impõe incondicionalmente, mas uma ação boa que se impõe somente se quero obter selos. Logo, enquanto o imperativo categórico me indica um fim que devo escolher, o imperativo hipotético me indica somente o meio que devo escolher, se desejo atingir um certo fim, mas me deixa livre quanto a escolher ou não este último.

Kant chama de *normas éticas* os imperativos categóricos (visto que precisamente as normas morais impõem uma ação incondicionadamente) e de *normas técnicas* os imperativos hipotéticos, visto que estes últimos são próprios das artes, das profissões, isto é, das atividades humanas que não incidem na esfera moral (assim, por exemplo, um manual para a condução de um automóvel, ou outro para o jogo de *bridge* contêm normas técnicas; outro tanto se pode dizer dos doutrina-

* (N. T.) Ver também Kant, Emmanuel — *Doutrina do Direito, op. cit.*

dores políticos dos séculos XVI e XVII, como o *Príncipe*, de Maquiavel, visto que eles indicam os meios que se devem usar para conseguir e conservar o poder, isto é, para conseguir um dado fim, sem se pronunciar sobre o valor moral do próprio fim).

Posta esta distinção, a que categoria pertencem as normas jurídicas? Aos imperativos categóricos ou aos hipotéticos? A doutrina geralmente considera as normas jurídicas como normas hipotéticas ou técnicas. Assim Adolfo Ravà, em seu estudo sobre *O direito como norma técnica* (publicado em 1911 e republicado em 1950 em *O direito e o Estado na moral idealista*), afirma que o direito é constituído por normas técnicas, visto que tem como seu elemento essencial a sanção; dada a presença desta última, o comando jurídico pode ser formulado como imperativo hipotético do seguinte modo: "Se queres evitar a sanção, deves obedecer ao comando da lei". A ação prescrita pela lei não é, portanto, boa em si mesma, não se impõe incondicionadamente, mas é boa e se impõe somente se se deseja evitar a sanção, enquanto a norma moral é categórica, porque desprovida de sanção.

Se examinarmos o mecanismo da sanção, poderemos precisar que ele funciona de dois modos diferentes.

a) Primeiro: se ajo sem respeitar o comando jurídico, a sanção me faz atingir um fim diferente daquele a que me havia proposto. Assim, devido à norma que proíbe o furto, se eu furto, ao invés de enriquecer como era meu propósito, acabo na prisão. A norma jurídica, portanto, me estimula a ter o comportamento por ela desejado com a finalidade de evitar atingir um fim que não é por mim desejado (a sanção). Se chamarmos de A à sanção e B à conduta prescrita, o esquema da norma neste primeiro caso é:

Se não queres A, deves B.

b) Segundo: se ajo sem respeitar o preceito, a sanção me impede de atingir o fim que desejo. Assim, se redijo um testamento sem respeitar as formas estabelecidas pela lei, esta torna nulo o próprio testamento e, portanto, me impede de atingir a finalidade a que me tinha proposto ao redigi-lo. Se chamarmos de A ao resultado jurídico desejado e de B ao comportamento prescrito, o esquema da norma neste segundo caso é:

Se queres A, deves B.

Chega-se também à formulação do direito como norma hipotética por outra via. Se digo que a norma jurídica é acompanhada da sanção,

posso distinguir na norma dois aspectos e formulá-la em dois momentos. No primeiro momento, a norma prescreve o comportamento que o destinatário deve ter:

(1) Deves realizar A.

No segundo momento, a norma estabelece que, se o comportamento exigido não for acatado, deverá ser aplicada a sanção (B).

(2) Se não é A, deve ser B.

Observe-se que a norma (1) não tem existência autônoma própria, sendo, ao contrário, apenas um reflexo da norma (2). Se chamarmos de A o ilícito, isto é, a conduta à qual está vinculada a sanção, e de B a sanção, a norma jurídica apresenta a seguinte estrutura:

Se é A, deve ser B.

É esta a formulação da norma jurídica dada por Kelsen, que, especialmente nas suas primeiras obras, apresentou a sua concepção como uma crítica ao imperativismo.

Na realidade, a doutrina kelseniana não é uma doutrina antiimperativista, mas um certo modo de formular o imperativo jurídico, enquanto o formula como imperativo hipotético. Se a norma jurídica não contivesse um comando, ela deveria ser formulada com *proposição descritiva*, da seguinte maneira: "Se é A, *é* B"; mas esta, como nota o próprio Kelsen, é a forma própria da relação *causal*, regulada por uma lei natural, e não pela *jurídica*, a qual, ao contrário, é formulada numa proposição do seguinte teor: "Se é A, *deve ser* B"; esta última proposição não é descritiva, mas *prescritiva*.

Mas o que significa *deve ser*? É este um dos pontos mais obscuros da teoria kelseniana*. Em nossa opinião, para dar um significado preciso à fórmula "Se é A, deve ser B", é mister convertê-la nesta outra: "Se é A, B deve ser executado". Mas agora é mister também indicar quem deve executar B, visto que sendo o direito próprio da esfera humana, também este B (a sanção) deve ser imputável a um sujeito humano. Pois bem, quem aplica a sanção é o órgão judiciário, portanto o kelseniano *deve ser* indica uma ordem dirigida ao juiz. A fórmula de Kelsen pode assim ser formulada com maior clareza e precisão nos seguintes termos:

* (N. T.) Recomenda-se a leitura de Kelsen, Hans, *Teoria pura do direito*, Armênio Amado Editor sucessor, Coimbra, 1979, particularmente o Capítulo III, e *Teoria geral das normas*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, particularmente os Capítulos XVI, XVII e XVIII, e ainda Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito*, Atlas Editora S.A., São Paulo, 1988, particularmente o capítulo IV.

Se é A, o juiz deve cumprir B.

Em acréscimo a este ponto, é necessário observar que a teoria do direito como *norma hipotética* apresentou duas formulações diversas. Na primeira formulação o direito se configura como *norma técnica* dirigida aos súditos:

Se queres A, deves B,

onde A indica "evitar a sanção" ou "conseguir um resultado jurídico", e B indica o comportamento prescrito. Na segunda formulação o direito se configura como *norma condicionada* dirigida aos juízes:

Se A é, B deve ser,

onde A indica o comportamento (ilícito) seguido pelos súditos e B a sanção que o juiz deve aplicar.

Como se vê, a passagem da primeira para a segunda formulação comporta a alteração dos destinatários da norma. Na primeira, os destinatários são os cidadãos, na segunda são os juízes. Já vimos (cf. § 38) que o primeiro formulador da doutrina que considera os juízes como destinatários da norma foi Jhering, segundo o qual a verdadeira norma jurídica é só a que regula a aplicação da sanção, enquanto a que prescreve aos cidadãos um dado comportamento representa apenas o pressuposto de fato a que se submete o acionamento do mecanismo sancionador por parte do juiz. Deste modo, os cidadãos não são destinatários de verdadeiros comandos, sendo a eles somente mostrada uma alternativa de fato: ou respeitar a lei ou sofrer a sanção.

A teoria dos juízes destinatários da norma jurídica foi acolhida por Kelsen, que, subvertendo a terminologia tradicional, chama de "norma principal" aquela que se dirige aos juízes, dispondo a aplicação da sanção, e "norma secundária" aquela que se dirige aos cidadãos, dispondo um preceito, visto que ele considera esta última um simples reflexo da primeira, que é a norma jurídica na sua estrutura completa:

> A norma que determina a conduta que evita a coerção . . . tem o significado de uma norma jurídica somente quando se pressupõe que com ela se deva exprimir, de forma abreviada, por comodidade de expressão, aquilo que só a proposição jurídica enuncia de modo completo e correto, isto é, que dada a condição da conduta contrária deva haver um ato coativo como conseqüência. Esta é a norma jurídica na sua forma primária. A norma que ordena o comportamento que evita a sanção pode valer,

> portanto, unicamente como norma jurídica secundária (*La douttrina pura del diritto*, trad. it., Turim, 1952, p. 46).

Concluindo: na doutrina do imperativismo jurídico ocorreu uma evolução na qual pode-se distinguir duas fases, qualificáveis respectivamente como *imperativismo ingênuo* e *imperativismo crítico.*

1) *O imperativismo ingênuo* (que vai de Hobbes a Austin e ao qual pertence o próprio Thon) considera o direito como um conjunto de comandos dirigidos pelo soberano aos cidadãos, sem analisar ulteriormente a estrutura do imperativo jurídico.

2) *O imperativismo crítico* (que tem como um dos seus maiores expoentes em Kelsen) precisa os caracteres do imperativo jurídico sob dois aspectos:

a) a norma jurídica é um imperativo hipotético;

b) a norma jurídica é um imperativo que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes.

CAPÍTULO V

A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

50. A teoria do ordenamento jurídico como contribuição original do positivismo jurídico à teoria geral do direito.

Consideramos particularmente importante a teoria do ordenamento jurídico para efeito da caracterização do positivismo jurídico, porque através dela chega-se ao coração desta corrente jurídica. Enquanto algumas das outras teorias juspositivistas — como a concepção coercitiva (ver § 37) e a imperativista do direito (ver § 46) — surgiram anteriormente e o positivismo jurídico se via limitado a adequá-las e reelaborá-las, formulando-as com maior coerência, a teoria do ordenamento jurídico foi "inventada", isto é, introduzida *ex novo* pelo próprio positivismo. Antes do seu desenvolvimento faltava no pensamento jurídico o estudo do direito considerado não como norma singular ou como um acervo de normas singulares, mas como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas.

Temos um testemunho disto no campo da terminologia jurídica. Na língua latina (que é aquela na qual majoritariamente se expressa o pensamento jurídico tradicional até o século XVIII) falta efetivamente um termo específico que corresponda ao de "ordenamento jurídico"; são usadas as palavras "jus", "justum", "lex" e, no máximo, emprega-se o termo *lex* com um significado extensivo para indicar não uma norma singular ou um ato legislativo singular, mas um conjunto de normas (por exemplo, *lex civilis, lex poenalis*). A falta de um termo correspondente a "ordenamento jurídico" indica que não fora ainda formulado o conceito correspondente.

Não sabemos dizer como e quando a expressão "ordenamento jurídico" entrou no uso corrente e este é um problema que mereceria ser estudado; somos, entretanto, da opinião que seja a tradução italiana do termo alemão *Rechtsordnung*. A difusão e, podemos dizer, a vulgarização de tal expressão na Itália (já que ela também passou da linguagem técnico-jurídica para a comum) coube a Santi Romano, que em 1917

publicou um estudo (agora clássico no pensamento jurídico italiano deste século) intitulado precisamente *O ordenamento jurídico* (embora as teses nele sustentadas não sejam propriamente as do juspositivismo). Que a origem do termo em questão seja procurada no filão alemão e italiano do pensamento jurídico é demonstrado pelo fato de que tal termo não é encontrado nem na língua francesa nem na inglesa (porque nas culturas jurídicas correspondentes a dogmática e a sistemática tiveram um menor desenvolvimento). Os franceses, para exprimirem o conceito de ordenamento jurídico, recorreram à expressão *ordre juridique* (que é, contudo, pouco satisfatória porque o termo *ordre* é demasiado genérico), ou ainda ao termo *ordonnancement* (que, todavia, foi acolhido pouco favoravelmente, tratando-se de um neologismo). Os ingleses se inclinam para o termo *system*, mas este pode dar lugar a confusões, porque o ordenamento jurídico pode ser considerado um sistema de normas, mas nem todo sistema de normas (como, por exemplo, o sistema normativo moral) pode ser considerado igual, em sua estrutura, ao ordenamento jurídico.

A teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise. Aliás, que a vocação fundamental (embora em tal hora inconsciente) e o ponto de chegada do positivismo jurídico devesem ser essa teoria se compreende perfeitamente se considerarmos sua origem; ela surge, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, da exigência de dar unidade a um conjunto de normas jurídicas fragmentárias, que constituíam um risco permanente de incerteza e de arbítrio (pode-se recordar, por exemplo, que o movimento francês pela codificação reclamava um direito simples, completo e unitário — ver §§ 17 e 18 —, e que Bentham colocava entre os requisitos fundamentais da codificação a completitude — ver § 24).

A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a *unidade*, a *coerência*, a *completitude*; são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.

51. A unidade do ordenamento jurídico. A teoria kelseniana da norma fundamental.

A primeira característica do ordenamento jurídico é, pois, a *unidade*. Poder-se-ia objetar que esta não é uma concepção exclusiva do positivismo jurídico, visto que mesmo os jusnaturalistas pensam no direito como um sistema unitário de normas; e se poderia acrescentar que o impulso para a realização da unidade do direito mediante a codificação nasce de uma concepção jusnaturalista (ver as palavras de Cambacérès relatadas no § 18). Tudo isto é exato, mas não contraria a nossa afirmação segundo a qual a teoria do ordenamento jurídico é própria do juspositivismo. Há, realmente, modos e modos de conceber a unidade do direito, e o modo no qual a entende o jusnaturalismo é profundamente diferente daquele no qual a entende o juspositivismo: para o primeiro, se trata de uma *unidade substancial* ou *material*, relativa ao *conteúdo* das normas; para o segundo, trata-se de uma *unidade formal*, relativa ao *modo* pelo qual as normas são postas.

Kelsen exprime essa diferença falando de dois tipos diversos de ordenamentos normativos: o *ordenamento estático* (ao qual pertencem a moral e o direito concebido jusnaturalisticamente) e o *ordenamento dinâmico*, que é próprio do direito concebido positivisticamente. Segundo os jusnaturalistas, portanto, o direito constitui um sistema unitário, porque todas suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema e que constitui um postulado moral auto-evidente (para Hobbes tal norma diz *pax est quaerenda;* para Santo Tomás diz: *bonum est quaerendum, male vitandum;* para Pufendorf, essa norma prescreve a busca da conservação da sociedade humana; para Thomasius, prescreve a busca da felicidade; para Kant ela exige a garantia da liberdade do homem . . .). Dada, por exemplo, a norma que proíbe o furto, se eu pergunto a um jusnaturalista por que não devo furtar, ele me responde demonstrando que tal norma está implícita naquela mais geral *neminem laedere*; e se eu insisto em indagar por que devo *neminem laedere,* ele me responderá demonstrando-me que tal preceito deriva, diretamente ou através de um outra norma, de um postulado moral auto-evidente. Já segundo os juspositivistas, ao contrário, o direito constitui uma unidade num outro sentido: não porque as suas normas possam ser deduzidas logicamente uma da outra, mas porque elas todas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante

delegação a autoridades subordinadas) pela mesma autoridade, podendo assim todas serem reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito. Assim, se pergunto a um juspositivista por que não devo roubar, ele me responde que não devo porque assim estabeleceu o juiz ou o costume ou o legislador (segundo se trate de um ordenamento judiciário, consuetudinário ou legislativo); e se insisto e pergunto por que devo obedecer ao que estabelece o juiz ou o costume etc., ele me responderá que devo porque assim estabeleceu o poder supremo.

Para esclarecer a diferença entre concepção substancial (ou estática) e concepção formal (ou dinâmica) da unidade do ordenamento, consideremos este exemplo trazido da família (cujo ordenamento prefigura *in nuce* o do Estado). Suponhamos que o pai ordene ao filho: "Hoje à tarde permaneça em casa para estudar" e que o filho pergunte: "Por que devo estudar?". Se o pai responder apelando para um bem (bem-estar, felicidade, liberdade ...) que o estudo serve para obter, estará dando uma resposta do tipo moralista ou jusnaturalista, visto que procura deduzir o conteúdo de seu comando de um sistema de normas morais; se, ao contrário, responde: "Deve estudar porque eu estou mandando", estará dando uma resposta de tipo juspositivista, visto que reconduz a norma ao sujeito que na família é a autoridade, a fonte que põe as normas.

A concepção juspositivista da unidade do ordenamento jurídico nos reconduz aqui, por conseguinte, ao que dissemos a propósito das fontes do direito, que, segundo o positivismo jurídico, tais fontes são hierarquicamente subordinadas e existe um única fonte de qualificação, vale dizer, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas (ver o § 42). Mas o princípio da unidade formal do ordenamento jurídico coloca um problema ulterior. Se definirmos fonte do direito como o ato ou o fato ao qual é vinculada a produção de normas jurídicas, o problema se formula assim: quem ou o que vincula a produção das normas a tal ato ou a tal fato? Ou, se definirmos a fonte do direito como o poder legitimado (ou autorizado) a pôr as normas jurídicas, o problema se apresenta nestes outros termos: quem ou o que legitima (ou autoriza) tal poder a pôr as normas?

Para responder esta pergunta parece-nos inevitável formular a teoria de uma *norma fundamental* que está na base do ordenamento jurídico. Somente assim se pode fechar o sistema, assegurar a unidade

formal do ordenamento. Naturalmente esta norma-base tem no sistema jurídico positivistamente concebido uma função diferente daquela que tem a norma-base no sistema moral (ou no caso do direito natural). Não se trata da norma de cujo conteúdo todas as outras normas são deduzidas, mas da norma que cria a suprema fonte do direito, isto é, a que autoriza ou legitima o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas. Esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é *posta* por um outro poder superior qualquer, mas sim *suposta* pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma *hipótese* ou um *postulado* ou um *pressuposto* do qual se parte no estudo do direito.

Vejamos um exemplo: o cidadão é obrigado a ressarcir o dano por um ato ilícito, visto que assim estabelece o juiz com sua norma particular (que condena quem causou o dano); por sua vez, o juiz estabeleceu a norma porque para isto foi autorizado pela lei; a lei (que os constitucionalistas chamam de "lei ordinária") foi posta pelo Parlamento, autorizado pela Constituição (ou lei constitucional); a Constituição, por sua vez, foi estabelecida pelo poder constituinte. E aqui começa a dificuldade. Por quem foi autorizado o poder constituinte a pôr a lei constitucional? Pode-se, talvez, responder apelando-se a um poder constitucional anterior, mas tal busca histórica chegaria a um ponto (isto é, um poder constituinte) além do qual não é possível caminhar (e este ponto é rapidamente atingido, se o poder constituinte de um ordenamento vigente é representado por uma assembléia oriunda de uma revolução, que rompeu a continuidade jurídica e anulou o ordenamento precedente). Aqui temos duas possibilidades: ou retemos o poder constituinte como fato social, e então deixamos o sistema aberto, fazendo o direito derivar do fato; ou ainda, para fechar o sistema, consideramos o poder constituinte como autorizado por uma norma fundamental, a qual estabelece que todos os cidadãos devem obedecer às normas emanadas de tal poder, isto é, daquela força política capaz de pôr normas para toda a sociedade e de impor-lhes a observância. É esta última a alternativa eleita por Kelsen, e que o conduziu à concepção da norma fundamental.

Tal teoria foi submetida a muitas críticas. E, com efeito, pode-se duvidar que chegue a resolver o problema para o qual foi formulada, isto é, fechar o sistema normativo, assegurando-lhe a perfeita unidade. De fato, se fazemos a indagação: no que se funda a norma fundamental?, ou respondemos fazendo referência a uma outra norma, agora estaríamos

diante de um *recursus ad infinitum;* ou respondemos que tal norma existe juridicamente enquanto for de fato observada, e recaímos na solução que se desejava evitar com a teoria da norma fundamental, isto é, fazemos depender o direito do fato.

52. Relações entre coerência e completitude do ordenamento jurídico.

O caráter da coerência e o da completitude estão ligados estreitamente entre si, mesmo que tal conexão não seja sempre evidente. Savigny assim formula as relações entre estes dois caracteres (notemos que ele usa o termo "unidade" para indicar o que entendemos por "coerência" e o termo "sistema" para indicar um conceito análogo, senão idêntico, ao indicado com o termo "ordenamento" — visto que o sistema não é bem o ordenamento tal como é estabelecido pelo legislador, mas como é elaborado pelo cientista do direito):

> O complexo das fontes do direito . . . forma um todo, que é destinado à solução de todas as questões que se apresentam no campo do direito. Para responder a tal propósito, ele deve apresentar estes dois caracteres: *unidade* e *completitude* . . . O procedimento ordinário consiste em trazer do conjunto das fontes um sistema de direito . . . *Falta a unidade*, e agora se trata de *remover uma contradição; falta a completitude*, e agora se trata de *colmatar uma lacuna*. Na realidade, porém, estas duas coisas podem se reduzir a um único conceito fundamental. Aquilo que procuramos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa de afastar as contradições; a unidade positiva de preencher as lacunas (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., vol. I, § 42, p. 267).

Carnelutti, em sua *Teoria geral do direito*, exprime a relação existente entre coerência e completitude do ordenamento, afirmando que o direito pode apresentar dois vícios: um vício por excesso (*exuberância*), quando há mais normas do que deveria haver (na incoerência há duas normas contraditórias, das quais somente uma pode estar contida no sistema); e um vício por falta (*deficiência*), quando há uma norma a menos, no caso de lacuna. No primeiro caso, o trabalho do jurista consiste na *purgação* do ordenamento jurídico (isto é, no eliminar a norma em excesso); no segundo caso consiste na *integração* do próprio ordenamento.

Concluindo: a incoerência do sistema é a situação em que "há" uma norma e "há" uma outra norma incompatível com a primeira; a incompletitude é a situação em que não há "nem" uma norma, "nem" uma outra norma incompatível com esta. Na incoerência há uma norma a mais (há . . . há); na incompletitude há uma norma de menos (nem . . . nem).

53. A coerência do ordenamento jurídico. Os critérios para eliminar as antinomias.

O princípio, sustentado pelo positivismo jurídico, da coerência do ordenamento jurídico, consiste em negar que nele possa haver *antinomias*, isto é, normas incompatíveis entre si. Tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento; ou, dito de outra forma, a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade.

Trata-se, antes de tudo, de estabelecer quando existe uma antinomia, isto é, quando duas normas são incompatíveis. Para isto recorremos ainda mais uma vez à lógica simbólica (da qual já nos servimos no § 47). Dado Oa (a obrigação de realizar *a*), dependendo de como disponho o sinal da negação, posso ter outras três normas, a saber: O-a (a obrigação de não realizar *a* = a proibição de realizar a), -Oa (a não-obrigação de realizar *a* = a permissão de não realizar *a*), -O-a (a não-obrigação de não realizar *a* = a permissão de realizar *a*). Se eu dispuser estes quatro símbolos nos vértices de um quadrado, no sentido horário, e os unir entre si segundo os lados e as diagonais, obterei seis pares de normas. Deste modo:

Destes seis pares, três representam relações de incompatibilidade, no sentido de que os dois comportamentos que formam cada um dos pares não podem ser simultaneamente verdadeiros (ou melhor, como se trata de normas jurídicas, válidos): Oa e O-a; Oa e -Oa; O-a e -O-a. Os outros três pares (Oa e -O-a; O-a e -Oa; -O-a e -Oa) representam relações de compatibilidade, isto é, os dois comportamentos que formam cada um dos pares podem ser simultaneamente verdadeiros ou válidos.

Dos três pares de normas incompatíveis, o primeiro (Oa e O-a) é constituído de duas normas *contrárias* entre si, no sentido de que não podem ser ambas válidas, mas podem ser ambas inválidas porque é possível uma terceira norma (*tertium datur*): de fato, a mesma coisa não pode ser ao mesmo tempo comandada (Oa) e proibida (O-a), mas pode não ser nem comandada nem proibida, visto que pode ser permitida.

Os outros dois pares de normas incompatíveis são constituídos de pares de normas *contraditórias* entre si, no sentido de que não podem ser nem simultaneamente válidas, nem simultaneamente inválidas, já que *tertium non datur*, não sendo portanto concebível uma terceira norma que disponha diversamente das outras duas. Estes dois pares são: a) a obrigação de realizar *a* (Oa) e a permissão de não realizar *a* (-Oa); b) a proibição de realizar *a* (O-a) e a permissão de realizar *a* (-O-a). Por exemplo, ou é válida a norma que proíbe fumar ou é válida aquela que permite[1] fumar: não se pode conceber uma norma que estabeleça um terceiro comportamento.

Dos três pares de normas compatíveis entre si, dois são pares de normas *subalternas* entre si (Oa e -O-a; O-a e -Oa); o outro é um par de normas *subcontrárias* (-O-a e -Oa).

A dificuldade, porém, não consiste em individualizar os pares de normas antinômicas, mas sim em estabelecer qual das duas normas incompatíveis é a válida e qual deve ser considerada como não fazendo parte do ordenamento jurídico. A doutrina formulou três critérios para a solução das antinomias: o critério *cronológico*, o critério *hierárquico*, o critério de *especialidade*. Dadas duas normas incompatíveis,

a) segundo o *critério cronológico,* a norma posterior prevalece sobre a norma precedente *(lex posterior derogat priori);*

[1] O termo "permitido" ou "lícito" em *sentido estrito* indica aquilo que não é nem proibido, nem comandado, mas em *sentido lato* indica tudo aquilo que não é proibido, inclusive o que é comandado: é neste segundo sentido que se fala aqui de "permitir".

b) segundo o *critério hierárquico,* a norma de grau superior (isto é, estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau inferior *(lex superior derogat inferiori);*

c) segundo o *critério de especialidade,* a norma especial prevalece sobre a geral *(lex specialis derogat generali).*

Estes três critérios encontram confirmação no direito positivo. Assim, com referência ao ordenamento italiano, o critério cronológico é estabelecido no art. 15 das Disposições Preliminares do Código Civil, o critério hierárquico é formulado em numerosas disposições: no art. 134 da Constituição italiana para as relações entre lei constitucional e lei ordinária; no art. 4º Disposições Preliminares do Código Civil, para as relações entre lei e regulamento; no art. 360 do Código de Processo Civil e no art. 524 do Código de Processo Penal para as relações entre lei e sentença; no art. 1.343 do Código Civil para as relações entre lei e negócios jurídicos. O critério de especialidade é estabelecido no art. 15 do Código Penal*.

Estes três critérios não chegam, porém, a resolver todas as antinomias. Existem realmente casos em que eles não podem ser aplicados, a saber: 1) quando há um conflito entre os próprios critérios, no sentido de que a uma mesma antinomia se possa aplicar dois critérios, cada um deles levando a um resultado diverso; 2) quando não é possível aplicar nenhum dos três critérios.

1) *Conflitos entre os dois critérios.* Podemos ter um conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, entre o critério de especialidade e o cronológico, entre o critério hierárquico e o de especialidade:

a) Existe um *conflito entre o critério hierárquico e o cronológico* quando uma norma precedente e de grau superior é antinômica em relação a uma norma sucessiva e de grau inferior. De fato, se se aplica o critério hierárquico, prevalece a primeira norma; se se aplica o cronológico, prevalece a segunda.

A doutrina é concorde em sustentar que no caso de conflito entre critério hierárquico e critério cronológico *prevalece o hierárquico.*

b) Existe um *conflito entre critério de especialidade e critério cronológico* quando uma norma precedente e especial é antinômica em relação a uma norma sucessiva e geral. Também neste caso o *critério de especialidade prevalece sobre o cronológico* e portanto a norma precedente e especial prevalece sobre a posterior e geral.

* (N.T.) Consulte-se, a respeito, Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, Dominação* — Ed. Atlas, S. P, 1988, em particular item 4.3.2.2.

O critério *hierárquico* e o de *especialidade* são, assim, critérios *fortes*; o *cronológico* é um critério *fraco*.

c) Existe um *conflito entre critério hierárquico e critério de especialidade* quando uma norma geral e de grau superior é antinômica relativamente a uma norma especial e de grau inferior. Neste caso é mais difícil saber qual dos dois critérios prevalece (e conseqüentemente se é válida a primeira norma, porque de grau superior, ou a segunda enquanto especial). Estamos realmente diante de uma antinomia entre os dois critérios fortes.

Pode-se talvez recorrer ao critério fraco, o cronológico, como critério subsidiário para estabelecer a prevalência de um ou outro dos dois critérios fortes: prevalece o critério hierárquico, isto é, é válida a norma superior geral, se esta for posterior à outra; prevalece, ao contrário, o critério de especialidade, a saber, é válida a norma inferior especial, se for esta a posterior. Em outros termos, uma norma superior geral precedente cede diante de uma norma inferior especial sucessiva; uma norma superior geral sucessiva vence no confronto com uma norma inferior especial precedente. Trata-se, entretanto, de uma solução que não é partilhada por toda a doutrina, como são partilhadas as soluções para os outros dois conflitos.

2) *Inaplicabilidade dos três critérios.* A segunda dificuldade ocorre quando nenhum dos três critérios é aplicável, visto que há duas *normas antinômicas* que são *contemporâneas, paritárias* e *gerais* (por exemplo, duas normas gerais contidas num código: todas as disposições nele estabelecidas têm, com efeito, o mesmo valor hierárquico e são consideradas emanadas no mesmo momento). Neste caso, para não deixar subsistir a antinomia que negaria o requisito da coerência, recorre-se a um outro critério: a *prevalência da "lex favorabilis" sobre a "lex odiosa"*. Considera-se *lex favorabilis* aquela que estabelece uma permissão e *lex odiosa* aquela que estabelece um imperativo (comando ou proibição), visto que se parte do pressuposto que a situação normal do súdito é o *status libertatis* e, portanto, a norma imperativa tem natureza excepcional e, como tal, deve ceder se entrar em conflito com uma norma permissiva. Este critério pode talvez servir quando se trata de uma antinomia entre duas normas de direito público, que regulam as relações entre o Estado e o cidadãos; mas não serve mais quando o conflito é entre duas normas de direito privado, que regulam as relações entre os cidadãos particulares, visto que a permissão de um cidadão comporta sempre o dever de um outro cidadão e vice-versa. Portanto, não importa qual

tenha sido a norma eliminada, cria-se sempre uma vantagem a favor de um sujeito e um ônus em desfavor de um outro.

Há, ademais, um outro caso não solúvel pelo critério da *lex favorabilis,* que é aquele no qual ambas as normas são imperativas, no sentido de que uma comanda e a outra proíbe o mesmo comportamento. Neste caso, todavia, a antinomia é solúvel por outra via, de um modo bastante simples: se considerarmos o esquema da página 203, veremos que estamos diante não de duas normas contraditórias, mas sim de duas normas contrárias. Como com esta última categoria de normas *tertium datur*, as duas normas contrárias se eliminam reciprocamente e nenhuma das duas é válida, será válida a norma resultante do *tertium*, da terceira possibilidade, vale dizer a norma que nem comanda, nem proíbe, mas permite o comportamento em questão.

54. A completitude do ordenamento jurídico. O problema das lacunas da lei.

Das três características nas quais se baseia a teoria do ordenamento jurídico, a da *completitude* é a mais importante, visto que é a mais típica e representa o ponto central, o coração do coração (se é lícita uma tal expressão) do positivismo jurídico. A característica da completitude é estreitamente ligada ao princípio da *certeza do direito,* que é a ideologia fundamental deste movimento jurídico. Tal ligação, que é particularmente evidente na escola da exegese, é posta em evidência por Radbruch na sua *Propedêutica à filosofia do direito* (trad. it., Turim, 1959), onde ele observa que o princípio da completitude do direito se apresenta necessário para conciliar entre si dois outros temas juspositivistas fundamentais: aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer:

> A proibição da criação e da recusa do direito concilia uma e outra unicamente sob um terceira hipótese, a saber, que a lei seja despojada de lacunas, despojada de contradições, clara, sem resíduos obscuros ou que, ao menos, com base numa lei com lacunas, contraditória ou não-clara possa ser obtida mediante meios puramente racionais uma sentença jurídica para cada questão jurídica. Este é o postulado ou a ficção [segundo se seja juspositivista ou antipositivista] da completitude se não da lei, ao menos do ordenamento jurídico (*op. cit.,* p. 184).

As últimas palavras de Radbruch sugerem uma questão preliminar: deve-se falar de "completitude da lei" ou de "completitude do direito"? Geralmente usa-se a segunda expressão, e aquela a essa ligada de "lacunas do direito" (tradução da locução alemã *Lucken im Recht,* que é o título de um famoso ensaio de Zitelmann). Se, entretanto, desejarmos colocar o problema no seu significado mais instigante, não deveríamos falar de *completitude* (ou de *lacunas*) *da lei.* Dizer que o direito é completo (e, portanto, não tem lacunas) é uma afirmação óbvia, mas de pouca importância, se por "direito" se entende as normas que derivam de qualquer fonte, incluso a judiciária (visto que é pacífico que se as outras fontes deixaram lacunas, o juiz, ao resolver as controvérsias, é constrangido a preenchê-las). É necessário, em lugar disso, falar de lacunas da lei, com referência, portanto, às normas postas por uma fonte específica do direito, o poder legislativo.

Afirmar que o ordenamento jurídico é completo significa, pois, negar a existência de lacunas na lei. A demonstração da inexistência das lacunas diz respeito a duas teorias diversas, que podemos chamar respectivamente de *teoria do espaço jurídico vazio* e *teoria da norma geral exclusiva.*

1) A *teoria do espaço jurídico vazio* tem o seu maior expoente em Bergbohm e foi sustentada na Itália principalmente por Santi Romano. Estes autores afirmam que não faz sentido falar de lacunas do direito, porque, dado um fato qualquer, ou existe uma norma que o regule e, neste caso, não há evidentemente lacuna alguma, ou não existe nenhuma norma que o regule, e nem também neste caso se pode falar de lacuna, visto que o fato não regulado é *juridicamente irrelevante,* porque pertence ao "espaço jurídico vazio" (isto é, ao espaço que está além da esfera jurídica). Em outros termos, o fato não previsto por nenhuma norma é um fato situado fora dos limites do direito. Para esclarecer o conceito, podemos comparar o direito a um rio que flui entre duas margens: como não faz sentido dizer que além das margens há uma lacuna do rio (visto que na realidade há algo diverso do rio, a terra firme), também não faz sentido dizer que onde cessa a disciplina jurídica há uma lacuna do direito. Na realidade, onde a norma está ausente estamos fora dos limites do direito, numa esfera diversa da jurídica.

Romano chama a esfera extrajurídica de esfera daquilo que não é nem lícito nem ilícito. À primeira vista, esta formulação pareceria contrariar a lógica, visto que o lícito e o ilícito são duas categorias contraditórias que conjuntamente compreendem todas as ações e portanto *tertium non datur.* Tal fórmula é, porém, aceitável se for compreendida no sentido de que os atos não regulados pelas normas jurídicas não pertencem à esfera das ações das quais se pode predicar que são lícitas ou ilícitas. Para dar um exemplo, até o branco e o não-branco são duas categorias contraditórias, em relação às quais não é possível dizer de uma coisa colorida que não é nem branca, nem não-branca, embora eu possa dizer de um triângulo que ele não é nem branco, nem não-branco, querendo com isto dizer que o triângulo não pertence à categoria das coisas coloridas. Do mesmo modo posso dizer dos atos não regulados pelo direito que não são nem lícitos, nem ilícitos para indicar que pertencem à esfera do juridicamente irrelevante, isto é, à esfera das ações não-suscetíveis de receber uma qualificação jurídica.

2) *A teoria da norma geral exclusiva* tem o seu maior expoente em Zitelmann e foi retomada na Itália principalmente por Donati. Segundo este último autor, não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética (por isto a segunda norma é dita geral e exclusiva). Se, por exemplo, existe uma norma que diz: "É proibido importar cigarros", tal norma contém implicitamente em si uma outra norma que diz: "É permitido importar todas as outras coisas que não sejam cigarros"; assim, se uma norma estabelece que para realizar um dado ato jurídico são necessárias certas formalidades, tal norma é acompanhada, como se fosse sua sombra, por uma outra norma geral exclusiva, que estabelece que para todos os outros atos tais formalidades não são necessárias.

O ordenamento jurídico resulta do conjunto de todas as normas particulares e de todas as normas gerais exclusivas; estas últimas podem ser expressas numa única norma que diz: "É permitido tudo que não é proibido nem comandado". Tal norma é dita *norma de clausura,* visto que assegura a completitude do ordenamento, garantindo a atribuição de uma qualificação jurídica a todos os fatos não previstos pelas outras normas. Mesmo um sistema normativo constituído por uma única norma é um ordenamento completo, pois aquela única norma é acompanhada por uma segunda norma implícita que fecha o próprio sistema, atribuin-

do a qualificação de lícito a todos os fatos não previstos pela primeira norma.

Os fatos que na teoria do espaço jurídico vazio constituem a esfera do *juridicamente irrelevante*, na teoria da norma geral exclusiva constituem a esfera do *juridicamente lícito*. O modo diferente de qualificar tais fatos não é sem conseqüências: se se diz que a esfera de liberdade (licitude) deixada a cada cidadão é *juridicamente relevante*, isto significa que existe para os outros consociados o *dever* de não lesar tal esfera, e que existe para o cidadão cuja esfera de liberdade tenha sido lesada a possibilidade jurídica de reagir recorrendo aos órgãos do Estado.

Deixando de lado as objeções externas que possam ser dirigidas a esta teoria, de uma perspectiva diversa daquela juspositivista, vejamos algumas críticas que foram feitas vindas de dentro do próprio positivismo jurídico. Foi observado que os operadores do direito (juízes e juristas), os quais agem no interior do direito positivo, falam freqüentemente de lacunas do direito. Como é possível isto, se o direito é completo? Respondeu-se que quando os juristas falam de lacunas, usam o termo não num sentido *técnico-jurídico*, mas *ideológico*: pretendem indicar a ausência não tanto de uma norma qualquer para resolver um dado caso, mas a ausência de uma certa norma, de uma norma que seja conforme os seus ideais de justiça. Assim fazendo, os juízes movem uma crítica ao direito vigente, considerando o caso que devem resolver não do ponto de vista de *lege lata*, mas do ponto de vista de *lege ferenda*: abandonam, assim, o plano do direito positivo, para se colocarem no plano da política legislativa.

Os juristas falam de lacunas da lei também num outro sentido, para indicar normas jurídicas nas quais se verifica um desajuste entre a letra e o espírito da lei (a *mens legis*), ou, em outros termos, entre a vontade expressa e a vontade presumida do legislador, no sentido de que a formulação da norma não abrange todos os casos que o legislador pretendia disciplinar (*lex minus dixit quam voluit*). O positivismo jurídico admite a existência desses casos, mas observa que não representam lacunas, visto que as normas podem se completar a partir do interior do sistema (*auto-integração do direito*) mediante o recurso à analogia e aos princípios gerais do direito, recurso que não é um ato criativo, mas puramente interpretativo e, mais exatamente, integrativo do direito.

O dogma da *completitude* do direito é estreitamente conexo ao da completabilidade do próprio direito, mas com isto entramos numa outra discussão, a da interpretação, que será o objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO VI

A FUNÇÃO INTERPRETATIVA DA JURISPRUDÊNCIA

55. A tarefa da jurisprudência. A noção de "interpretação".

Quais são a tarefa e o método da ciência jurídica? É este o problema pelo qual o positivismo jurídico foi combatido com particular veemência pelos movimentos jurídicos a ele contrários, movimentos que podemos indicar com o termo um tanto genérico de *realismo jurídico*. Todavia, fato paradoxal, as posições juspositivistas sobre este ponto nada têm de revolucionário, mas, pelo contrário, representam a continuação fiel de uma tradição jurídica que remonta à Idade Média (e talvez antes).

Na atividade relativa ao direito podemos distinguir dois momentos: o momento *ativo* ou *criativo* do direito e o momento *teórico* ou *cognoscitivo* do próprio direito; o primeiro momento encontra a sua manifestação mais típica na legislação, o segundo na ciência jurídica ou (para usar um termo menos comprometedor) na jurisprudência. Esta pode ser definida como a atividade cognoscitiva do direito visando à sua aplicação.

Na realidade, a dissensão entre o juspositivismo e os seus adversários começa propriamente quando se trata de precisar a natureza cognoscitiva da jurisprudência. Para o primeiro, esta consiste numa atividade puramente *declarativa* ou *reprodutiva* de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente *passivo* e *contemplativo* de um objeto já dado; para os segundos, a natureza cognoscitiva consiste numa atividade que é também *criativa* ou *produtiva* de um novo direito, ou seja, no conhecimento *ativo* de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir.

Pode-se fazer estas duas concepções diferentes da jurisprudência corresponder a duas concepções filosóficas diferentes. A concepção

juspositivista da jurisprudência parece depender de uma gnoseologia de tipo *realista* (no significado que tal termo tem na linguagem filosófica); a concepção antipositivista parece depender de uma gnoseologia de tipo *idealista*. Semelhante enquadramento realmente ocorreu na cultura jurídica italiana das primeiras décadas de nosso século, quando a polêmica antipositivista era conduzida por juristas e filósofos do direito que evocavam as concepções idealistas de Croce e de Gentile.

Deixando de lado suas implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-racionais o conteúdo de normas jurídicas já dadas. Nisto, como indicamos, não se faz mais do que continuar uma concepção da ciência jurídica que se encontra ao longo dos séculos de tradição jurídica, particularmente a partir do momento em que o direito se consolidou num corpo de normas posto por um legislador (a codificação justiniana). Já os juristas medievais, que se baseavam em tal codificação, consideravam a sua atividade como voltada ao descobrimento nesta das regras, já postas ao menos implicitamente pelo legislador, que disciplinavam todas as situações e as relações sociais. Concluindo, o positivismo jurídico considera tarefa da jurisprudência não a *criação*, mas a *interpretação* do direito.

Mas o que significa *interpretar*? Este termo, com efeito, não é exclusivo da linguagem jurídica, sendo usado em muitos outros campos: assim se fala de interpretação das Escrituras Sagradas, de interpretação das inscrições arqueológicas, de interpretação literária, de interpretação musical . . . Pois bem, interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. Ora, a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos, é uma *species* do *genus* signo (tanto é verdade que é substituível por outros signos, por exemplo os gestos da mão, embora seja mais perfeito porque mais rico e maleável). Assim, por exemplo, quando digo "cavalo", me limito a produzir um som vocal, mas com isto indico uma coisa diferente de tal som. Como complexo de signos, a linguagem exige a interpretação: esta é exigida pelo fato de que a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a idéia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma idéia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em

cada língua com um som diverso). Ademais há sempre um certo desajuste entre a idéia e a palavra, porque a primeira é mais rica, mais complexa, mais articulada do que a segunda, que serve para exprimi-la; além disto, nós não usamos nunca as palavras isoladamente (exceto o menino que aprende a falar ou quem se encontra num país estrangeiro de cuja língua só conhece alguns termos), mas formamos complexos de palavras, ou proposições. Ora, dependendo do contexto em que esteja inserida, a mesma palavra assume significados diferentes (e podemos até dizer que um termo tem tantos significados quantos são os contextos em que pode ser usado).

A interpretação é uma atividade muito complexa que pode ser concebida de diversos modos. Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois pólos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se neste sentido respectivamente de interpretação *segundo a letra* e de interpretação *segundo o espírito* (pense-se nas diversas escolas de interpretação bíblica). De um outro ponto de vista, fala-se de interpretação *estática* e de interpretação *dinâmica*, dependendo de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou, vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-lo às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais (pense-se nos diversos modos em que pode ser interpretado um trecho musical).

Um dos campos em que a interpretação mais se desenvolveu e mais se organizou é o do direito. Este é constituído por um texto ou um conjunto de textos (códigos, coleções legislativas etc.) que exprimem a vontade da pessoa (real ou fictícia, isto é, individual ou coletiva), o legislador, que pôs as leis contidas em tais textos. A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos. Mas dissemos que a interpretação pode ser explicada de vários modos. E no interior da concepção da jurisprudência como atividade interpretativa, reencontramos aquele mesmo contraste entre juspositivismo e antipositivismo, que já vimos ao falarmos da questão preliminar — se a jurisprudência con-

siste numa atividade cognoscitiva ou criativa do direito. O positivismo jurídico é, realmente, acusado de sustentar uma concepção *estática* da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas, como faz, ao contrário, a interpretação *evolutiva* sustentada pela corrente antipositivista.

56. Os meios hermenêuticos do positivismo jurídico: a interpretação declarativa; a interpretação integrativa (a analogia).

O positivismo jurídico põe um limite intransponível à atividade interpretativa: a interpretação é geralmente *textual* e, em certas circunstâncias (quando ocorre integrar a lei), pode ser *extratextual*; mas nunca será *antitextual*, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador expressou na lei.

Os meios de interpretação textual. Para reconstruir a vontade que o legislador expressou na lei, o positivismo jurídico se serve principalmente de quatro expedientes (ditos *meios hermenêuticos*) que já haviam sido elaborados pela precedente tradição jurídica:

a) o *meio léxico* (chamado com expressão pouco correta *interpretação gramatical*), que consiste na definição do significado dos termos usados pelo legislador, mediante a análise e a comparação dos contextos lingüísticos nos quais tais termos são empregados (se a definição consiste na formulação das regras para o uso de um termo, pelo uso de um termo pode-se, *ao contrário*, extrair sua definição).

b) O *meio teleológico*, chamado comumente de *interpretação lógica,* expressão imprópria, visto que se trata de um meio interpretativo baseado na *ratio legis,* isto é, no motivo ou finalidade para os quais a norma foi posta. Partindo do duplo pressuposto de que o legislador, como ser razoável, se coloque fins e estabeleça meios idôneos a serem atingidos, uma vez individualizado o fim do legislador, este pode dar aqui esclarecimentos sobre as modalidades de sua consecução, isto é, sobre o conteúdo da lei.

c) O *meio sistemático,* que implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com base em tal pressuposto pode-se procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-a em relação a todas as outras.

d) O *meio histórico,* que consiste na utilização de documentos históricos diferentes do texto legislativo, para reconstruir a vontade do legislador; com relação ao direito dos Estados parlamentares, tal meio comporta essencialmente o estudo dos trabalhos *preparatórios,* pelos quais se pode conhecer as várias intenções para as quais uma lei foi aprovada e qual delas prevalece sobre as outras.

Os meios de interpretação extratextual. O raciocínio por analogia. A jurisprudência tradicional havia conservado sua tarefa: tornar claro o conteúdo das normas jurídicas postas pelo legislador, e integrar o ordenamento jurídico no caso em que este apresentasse lacunas. Vimos (cf. § 54) que o positivismo jurídico admite a existência das lacunas compreendidas em certo sentido como formulação incompleta da vontade do legislador. Assim ele admite, além da interpretação em sentido estrito, a integração do direito por parte da jurisprudência, destacando, no entanto, que tal integração não é uma atividade *qualitativamente* diferente da interpretação (não é, portanto, uma atividade criativa), mas, ao contrário, é uma *species* particular do *genus* interpretação. Neste sentido se fala de *interpretação integrativa,* para indicar que a integração ocorre no interior do ordenamento, com meios predispostos pelo próprio ordenamento (*auto-integração*).

Com a interpretação integrativa estende-se a casos não expressamente previstos a mesma disciplina estabelecida por uma norma que prevê casos similares. Isso, porém, significa que o problema das lacunas não é tão simples como pretende a teoria da norma geral exclusiva, segundo a qual são permitidos todos os comportamentos que não são obrigatórios (que não são, portanto, nem comandados, nem proibidos). Na verdade, a experiência histórica aqui demonstra que a norma geral que fecha o sistema normativo assim dispõe: "São permitidos todos aqueles comportamentos que não são obrigatórios, exceto aqueles que podem ser considerados similares aos obrigatórios" — o que significa que temos aqui duas normas gerais de clausura: a *norma geral exclusiva,* que qualifica como lícitos os comportamentos não expressamente regulados, e aquela que podemos chamar de *norma geral inclusiva,* que submete os casos não expressamente regulados, mas similares aos regulados, à disciplina destes últimos. Quando o intérprete funda o seu raciocínio em *argumentum a contrario,* está apelando para a norma geral exclusiva; quando, em lugar disto, o funda em *argumentum a simili,* está apelando para a norma geral inclusiva.

A integração do direito ocorre principalmente mediante a *interpretação analógica* (a assim dita *analogia legis*), fundada no raciocínio por analogia. Tal raciocínio é um instrumento fundamental da jurisprudência e é reconhecido explicita ou implicitamente por todos os ordenamentos. Para que não seja admitido, é necessário que seja expressamente proibido pelo direito, o que ocorre principalmente para a lei penal (ver art. 14 das Disposições Preliminares do Código Civil), em homenagem ao princípio do iluminismo liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege.* Ora, o positivismo jurídico sustenta que a integração é uma atividade puramente interpretativa, porque o raciocínio por analogia é um raciocínio lógico, isto é, um raciocínio de tipo silogístico (hoje diríamos um juízo analítico ou uma tautologia), que se limita a evidenciar certas conseqüências já implicitamente presentes nas premissas dadas.

O raciocínio por analogia é um tipo de raciocínio bem conhecido pela lógica. Foi estudado pela primeira vez por Aristóteles (nos *Analíticos primeiros* do seu *Organon*), que o chamou de *paradigma* (termo que foi traduzido no latim medieval por *exemplum*). O raciocínio por analogia tem uma estrutura similar ao silogismo, só que a sua proposição menor, em lugar de ser constituída por uma afirmação de identidade, é constituída por uma afirmação de semelhança. A forma do silogismo (como no clássico exemplo: todos os homens são mortais, Sócrates é um homem, portanto Sócrates é mortal) é esta:

M é P

S é M

S é P

A forma do raciocínio por analogia (por exemplo: os homens são mortais, os cavalos são semelhantes aos homens, portanto os cavalos são mortais) é, diferentemente, esta:

M é P

S é semelhante a M

S é P

Ora, enquanto no silogismo a conclusão é sempre necessária (a saber, verdadeira), no raciocínio por analogia isto não ocorre sempre. De fato, a *semelhança* existente entre o sujeito (no nosso exemplo: os homens) e o termo médio (os cavalos) pode ser *relevante* ou *irrelevante* e somente quando a semelhança é relevante a conclusão é exata. Um raciocínio por analogia falso é, por exemplo, o seguinte: o seu automóvel vermelho faz 150 km por hora, o meu automóvel é similar ao seu porque também é vermelho e, portanto, também o meu automóvel pode fazer 150 km por hora; neste caso realmente a semelhança da cor é irrelevante. Mas, como se faz para estabelecer se a semelhança é relevante ou não? Tendo como premissa que duas entidades são similares quando têm em comum algumas de suas características (não todas, porque neste caso seriam idênticas), dizemos que uma entidade tem uma semelhança relevante com uma outra quando têm em comum aqueles elementos que são a *condição* ou *razão suficiente* para que atribuamos a esta um certo predicado. No nosso exemplo, a razão suficiente, pela qual predicamos dos homens que são mortais, é o fato de que os homens são seres vivos; como os cavalos são eles também seres vivos, têm consequentemente com os homens uma semelhança relevante, que nos permite dizer que também eles são mortais. Ao contrário, no caso do automóvel, a cor vermelha não é a razão suficiente para dizermos que ele faz 150 km por hora, pois a identidade da cor entre os dois automóveis constitui uma semelhança irrelevante no que diz respeito à sua velocidade. O que distingue o raciocínio por analogia do silogismo é que o primeiro possui aquilo que os lógicos chamam de *quaternio terminorum,* visto que os termos do raciocínio são não três, mas quatro. A verdadeira forma do raciocínio por analogia é esta:

M é R

R é P

S é R

S é P

(Por exemplo: os homens são seres vivos, os seres vivos são mortais, os cavalos são seres vivos como os homens, portanto os cavalos são mortais.) Para reduzir tal raciocínio à forma do silogismo é preciso

eliminar um termo (e exatamente aquele do qual se parte para fazer o raciocínio por analogia) e dizer: os seres vivos são mortais, os cavalos são seres vivos, portanto os cavalos são mortais, isto é:

R é P

S é R

S é P

Como dissemos, a interpretação analógica se funda num raciocínio por analogia. Mas para que tal raciocínio seja exato, é necessário que haja uma semelhança relevante. No caso da interpretação analógica, quando é que entre o caso regulado por uma norma e o caso ao qual é estendida a disciplina de tal norma existe semelhança relevante? A doutrina responde que tal semelhança existe quando os dois casos apresentam a mesma *ratio legis*, isto é, quando o elemento que induziu o legislador a dar ao primeiro caso uma certa disciplina jurídica se encontra também no segundo caso (por exemplo, o elemento que induz um legislador a proibir a venda de livros obscenos é a obscenidade; tal norma não pode se estender aos livros policiais porque estes não têm em comum com os primeiros o elemento que é a *ratio legis*; mas tal norma pode se estender aos discos obscenos, porque estes têm em comum com os livros obscenos o elemento que funda a *ratio legis*). A comunhão da *ratio legis* entre os dois casos representa portanto, no campo do direito, aquela comunhão da razão suficiente que torna legítimo o raciocínio por analogia. Assim, quando num caso não regulado se encontra a mesma *ratio* que funda a disciplina de um outro caso, também ao primeiro pode ser estendida essa mesma disciplina. Como diz um velho brocardo: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.*

A capacidade de *expansão lógica* do ordenamento jurídico, de que fala a doutrina, encontra o seu fator de propulsão precisamente na *ratio legis*: é a *ratio* de uma norma que a torna capaz de disciplinar outros casos, além daqueles expressamente nela previstos.

Ao utilizar o raciocínio por analogia na interpretação jurídica, o positivismo jurídico nada mais fez do que continuar uma longuíssima tradição precedente. O que ele introduziu de novo é uma certa justificação da legitimidade do raciocínio analógico e, assim, o conceito de

vontade presumida do legislador. Ao estender, em via analógica, uma certa norma a um caso por esta não previsto, o intérprete (segundo o positivismo jurídico) aplica ainda a vontade do legislador, visto que este não previu tal caso, mas se o tivesse previsto o teria regulado de tal modo. Assim, o intérprete positivista imputa sempre as normas por ele formuladas à vontade do legislador: à sua *vontade expressa,* no caso de interpretação em sentido estrito; sua *vontade presumida,* no caso de integração.

A afirmação de que a extensão analógica de uma norma não é uma atividade criativa, mas puramente interpretativa do direito, se funda na concepção do raciocínio por analogia como procedimento puramente lógico. Esta concepção é hoje posta em dúvida por muitos estudiosos, que, conseqüentemente, negam a natureza interpretativa da extensão analógica.

Interpretação extensiva, analogia legis, analogia juris. Além da analogia propriamente dita até agora considerada (*analogia legis*), há dois outros meios de interpretação integrativa, que com aquela são afins e que são chamados respectivamente de *interpretação extensiva* e *analogia juris.* Notemos uma curiosidade terminológica: destes dois últimos conceitos, o mais afim à *analogia legis* é o que tem um nome diferente, isto é, a interpretação extensiva, enquanto aquele que tem o mesmo nome, isto é, *analogia juris*, indica, na realidade um procedimento interpretativo diferente.

Limitando-nos a fazer indicações bastante sumárias, diremos que a interpretação extensiva é uma forma menor de raciocínio por analogia. Enquanto na *analogia legis* se formula uma nova norma, semelhante a uma já existente, para disciplinar um caso não previsto por esta última mas similar àquele por ela regulado, na interpretação extensiva amplia-se a hipótese estabelecida por uma norma, isto é, aplica-se esta mesma norma a uma caso por ela não previsto, mas similar àquele expressamente regulado. É difícil individualizar o critério distintivo dessas duas formas de interpretação, visto que, na realidade, a interpretação extensiva é uma forma atenuada de interpretação analógica e tem a função prática de admitir, em medida reduzida, o recurso à analogia naqueles setores do direito (como no penal) em que é vedada.

A *analogia juris* (a saber, o recurso aos princípios gerais do ordenamento jurídico), por sua vez, é uma forma de interpretação diferente da *analogia legis*, pois não se baseia no raciocínio por analogia,

mas num procedimento duplo de abstração e de subsunção de uma *species* num *genus*. O processo de abstração consiste em extrair os *princípios gerais do ordenamento jurídico:* de um conjunto de regras que disciplinam uma certa matéria, o jurista abstrai indutivamente uma norma geral não formulada pelo legislador, mas da qual as normas singulares expressamente estabelecidas são apenas aplicações particulares: tal norma geral é precisamente aquilo que chamamos de um princípio do ordenamento jurídico. Uma vez formulada esta norma geral, o jurista a aplica àqueles casos que, não sendo disciplinados nas normas singulares expressas, são no entanto abrangidos no âmbito dos casos previstos pela mesma norma geral. Nessa segunda fase, o jurista executa precisamente um trabalho de subsunção de uma *species* (os casos não regulados pelas normas singulares) num *genus* (a categoria dos casos aos quais se refere a norma geral).

57. A concepção juspositivista da ciência jurídica: o "formalismo científico".

Depois de haver examinado o modo pelo qual o positivismo jurídico concebe o trabalho dos juristas, devemos indagar se ele tem uma concepção específica da ciência jurídica, isto é, se propõe aos juristas um "modelo" que devam alcançar no desenvolvimento de sua atividade. Podemos responder afirmativamente e dizer que o juspositivismo concebe a ciência jurídica como uma ciência *construtiva* e *dedutiva*.

Esta ciência construtiva e dedutiva do direito recebeu usualmente o nome de *dogmática do direito*, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão. Com base em tais conceitos, o jurista deve extrair — realizando uma pura operação de dedução lógica — as normas que servem para resolver todos os casos possíveis. Transcrevemos aqui uma passagem do discurso comemorativo de F. Rau (autor, em colaboração com Aubry, de uma das mais importantes obras da escola da exegese, ver § 22), passagem que exprime bem a concepção juspositivista da ciência jurídica:

> Aquilo que constitui o mérito particular da obra . . . é a segurança da doutrina, a sobriedade da exposição, a *dedução inflexível de todas as conseqüências jurídicas de um dado princípio . . .* Todas as soluções estão contidas em germe num *conjunto de princípios formulados* com tal *rigor matemático* e tão intimamente ligados uns aos outros que formam um verdadeiro *edifício jurídico,* do qual se pode criticar sem dúvida os detalhes, mas do qual é impossível não reconhecer a sólida construção (Bonnecase, *op. cit.,* pg. 73).

A concepção juspositivista da ciência jurídica foi acusada de *formalismo*. Já vimos (cf. § 36) os vários significados que este termo pode assumir na linguagem jurídica. Neste caso, estamos diante daquele que definimos como *formalismo científico.* O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa.

A concepção formalista da ciência jurídica teve sua expressão máxima na *jurisprudência conceitual* ou *Begriffsjurisprudenz* (de que já tratamos no § 30). A esta, como dissemos, se contrapõe a *jurisprudência dos interesses* (*Interessenjurisprudenz*) que, rejeitando o dogmatismo e o abuso da lógica da qual esta acusa o formalismo científico, se propõe a interpretar o direito à luz das relações sociais que deve regular e dos conflitos de interesse que deve dirimir. A diferença entre estes dois modos de conceber a ciência jurídica não é somente de natureza teórica, mas tem também importância prática, pois pode resolver de modo diferente questões jurídicas concretas. Isto é posto em evidência por Bagolini em seu estudo sobre *La scelta de metodo nella giurisprudenza* (na *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 1054-1066), que traz, à guisa de exemplo, este caso que foi discutido pela magistratura italiana:

> Tizio e Caio, condôminos, proprietários respectivamente do piso inferior e piso superior de um edifício destruído durante a guerra. Para a reconstrução Tizio se compromete com Caio a não superar uma certa altura, que depois, contrariamente, supera. Demonstrando sua boa-fé e não tendo sido feita oposição por parte de Caio, Tizio, com base no art. 938 C.C., pretende que seja evitada a demolição do que construiu. Segundo tal artigo "se na construção de um edifício se ocupa de boa-fé uma porção do fundo contíguo e o proprietário deste não faz oposição

em três meses a partir do dia em que a construção foi iniciada, a autoridade judiciária, tendo em conta as circunstâncias, pode atribuir ao construtor a propriedade do edifício e do solo ocupado. O construtor tem de pagar ao proprietário do solo o dobro do valor da superfície ocupada, além do ressarcimento dos danos" (art. citado, pp. 1054-55).

Caso se siga aquilo que Bagolini chama de *método formal* chega-se a dar razão a Caio, que deseja demolir o edifício, visto que o art. 938 se refere à ocupação do fundo, enquanto no nosso caso estamos diante da ocupação do espaço aéreo, que não é "objeto, mas simples meio no qual se encontra o objeto do direito". Se, em lugar disso, se segue o *método teleológico,* é-se levado a dar razão a Tizio, que quer salvar a construção, visto que no art. 938 o legislador valora o interesse do construtor como prevalecendo sobre o interesse daquele em cujo dano a construção foi feita.

A concepção juspositivista da ciência jurídica sofreu um forte declínio no nosso século. Hoje, o movimento de pensamento que diz respeito ao realismo jurídico tende a conceber como tarefa da jurisprudência extrair do estudo de uma dada realidade (o direito, considerado como um dado de fato sociológico) proposições empiricamente verificáveis, que permitam formular previsões sobre futuros comportamentos humanos (particularmente, prever as decisões que os juízes tomarão para os casos que deverão julgar).

CAPÍTULO VII

O POSITIVISMO JURÍDICO COMO IDEOLOGIA DO DIREITO

58. "Teoria" e "ideologia". O aspecto ideológico do positivismo jurídico. Crítica à teoria e crítica à ideologia do juspositivismo.

O positivismo jurídico, além de uma teoria, é também uma ideologia? Para responder a esta indagação, devemos, preliminarmente, esclarecer os conceitos de *teoria* e de *ideologia*. Remontando à distinção entre juízos de fato e juízos de valor (ver § 33), dissemos que a teoria é a expressão da atitude puramente *cognoscitiva* que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que têm a única finalidade de *informar* os outros acerca de tal realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento *avaliativo* que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de *influírem* sobre tal realidade. A propósito de uma teoria, dizemos ser *verdadeira* ou *falsa* (segundo seus enunciados correspondam ou não à realidade). Não faz sentido, ao contrário, apregoar a verdade ou a falsidade de uma ideologia, dado que isto não descreveria a realidade, mas sobre ela influiria. Diremos, em vez disso, que uma ideologia é do tipo *conservador* ou do tipo *progressista,* segundo avalie positivamente a realidade atual e se proponha influir sobre ela, para *conservá-la*, ou que a avalie negativamente, destarte se propondo a influir sobre ela, para *mudá-la.*

No capítulo I desta Parte, dissemos que a ambição do positivismo jurídico é assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser: isto é, ser uma teoria e não uma ideologia. Pois bem, podemos dizer que ele não conseguiu ser integralmente fiel a esse seu propósito, pois, na realidade, ele parece não só um certo modo de entender o direito (de destacar-lhe os caracteres

constitutivos), como também um certo modo de querer o direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia.

O aspecto ideológico da concepção juspositivista predomina em absoluto no pensamento de Bentham, cuja finalidade não é descrever o direito (especialmente o inglês) tal qual é, mas sim criticá-lo, para fazer com que seja modificado, de maneira a corresponder às suas concepções ético-políticas (ver § 24). Em Austin, ao contrário, o aspecto teórico é mais evidente, pois que Austin se propõe a descrever o direito como ele é e não como deveria ser (recorde-se sua distinção entre jurisprudência e ciência da legislação; ver § 25); e mesmo nele não faltam aspectos ideológicos, ainda que mascarados. Assim, quando descreve o direito como comando estabelecido pelo soberano (ver § 26), tem-se a impressão de que ele não se limita à simples observação de uma realidade, mas formula implicitamente um juízo de valor, considerando positivo o fato de o direito ser um comando e não uma regra consuetudinária. Deste modo, considerar o direito internacional como simples moralidade positiva deixa subentendido o juízo de que o ordenamento internacional possui um valor inferior ao do Estado.

Uma atitude ideológica pode ser encontrada também nos juristas franceses da escola da exegese, que foram justamente acusados de fetichismo pela lei (ver § 20), visto que não se limitam a se ajustar ao fato de que naquele momento histórico, o direito se põe na sociedade deles mediante a lei, mas valoram positivamente esse fato, considerando a lei como a forma melhor, antes a única forma boa de criação do direito: são não apenas *intérpretes*, mas também *admiradores* do Código de Napoleão (ver § 22).

O momento ideológico tem, enfim, uma importância notável junto aos juspositivistas alemães da segunda metade do século transcorrido, que sofreram a influência da concepção hegeliana do Estado. Segundo esta *concepção* (dita do *Estado ético*), o Estado não tem um puro valor *técnico*, não é um simples instrumento de realização dos fins dos indivíduos (como é no pensamento liberal), mas um valor *ético*, é a manifestação suprema do Espírito no seu devir histórico e portanto é ele mesmo o fim último ao qual os indivíduos estão subordinados. É evidente que tal modo de entender o Estado não é uma teoria, mas uma ideologia, visto que descreve não o Estado assim como ele é, mas como se desejaria que fosse. Ora, tal concepção (que foi chamada de *estatolatria*, porque é uma verdadeira adoração do Estado) encontra confluência no

juspositivismo alemão, que, desse ponto de vista, deve ser considerado também como uma ideologia.

Esta distinção entre teoria e ideologia do juspositivismo é importante porque ajuda a compreender o significado da polêmica antipositivista. Os críticos do positivismo jurídico vêm de duas "praias" diferentes e se dirigem a dois aspectos diversos: de um lado, a corrente do realismo jurídico (ou jurisprudência sociológica) critica os seus aspectos teóricos, afirmando que não representam adequadamente a realidade efetiva do direito; de outro lado, a renascida (ou, melhor dizendo, revigorada) corrente do jusnaturalismo critica os aspectos ideológicos do juspositivismo, destacando as conseqüências práticas funestas que deles derivam. É mister, portanto, distinguir a crítica dos *erros* da crítica dos *horrores* do positivismo jurídico*.

Esta última crítica tem assumido grande relevância nos últimos anos, pois o positivismo jurídico foi considerado como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento dos regimes totalitários europeus e, em particular, do nazismo alemão.

É natural que uma crítica deste gênero, que queira denunciar as conseqüências moral e socialmente negativas do juspositivismo (a este propósito se falou polemicamente de uma *reductio ad Hitlerum* de tal doutrina), haja tido na opinião pública uma ressonância muito maior do que a crítica conduzida contra o seu aspecto científico.

59. O conteúdo e o significado da versão extremista da ideologia juspositivista: as suas várias justificações histórico-filosóficas.

Supondo-se que seja correto falar de uma ideologia típica de todo o positivismo jurídico, no que consiste isso? Podemos dizer que tal (suposta) ideologia consiste em afirmar o *dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal*. É evidente que com tal afirmação não estamos mais no plano teórico mas no plano ideológico, visto que ela não se insere na problemática (cognoscitiva) que concerne à definição do direito, mas naquela (valorativa) relativa à determinação do nosso dever: não estamos mais diante de uma doutrina científica, mas de uma doutrina ética do direito. Por isto sustentamos que seria mais correto falar de *positivismo ético* em relação à ideologia juspositivista.

* (N.T.) O autor faz um jogo de palavras, que só tem sentido na língua italiana, entre *errori* (erros) e *orrori* (horrores).

A afirmação do dever absoluto de obedecer à lei encontra sua explicação histórica no fato de que, com a formação do Estado moderno, não só a lei se tornou a fonte única do direito, mas o direito estatal-legislativo se tornou o único ordenamento normativo, o único sistema de regulamentação do comportamento do homem em sociedade; e, como a valoração de um comportamento se funda numa norma, podemos acrescentar: o direito estatal-legislativo se tornou o critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem. Isto sucedeu pelo fato de, na época moderna, o Estado ter não só emergido e se imposto sobre todas as outras organizações de tipo político, como também ter se tornado o único portador dos valores morais, desautorizando e substituindo a Igreja (a saber, as instituições religiosas em geral). Estando assim as coisas, compreende-se por que, segundo o positivismo jurídico, o dever de obedecer às leis é absoluto e incondicionado. Para que o problema da obediência ou não a uma norma possa surgir (e possa, conseqüentemente, verificar-se o condicionamento da obediência), é necessário que exista uma outra norma que ordene um comportamento diferente; ou, em outros termos, para criticar a valoração dos comportamentos humanos feita por um ordenamento, é necessário que exista um outro ordenamento, isto é, um outro critério de valoração com base no qual se faça tal crítica. Se, pelo contrário, existe um único ordenamento normativo, o problema da obediência não se coloca: o homem se encontra num estado de total sujeição a tal ordenamento e nada pode fazer senão obedecer ou, não obedecendo, cometer um ato ilícito e portanto punível.

O absolutismo ou incondicionalismo da obediência à lei significa para a ideologia positivista também uma outra coisa: significa que a obrigação de obedecer à lei não é apenas uma *obrigação jurídica*, mas também uma *obrigação moral*. O que se quer dizer é que o homem deve obedecer às leis não só por motivos externos, mas também por motivos internos, não só porque a isto é constrangido, mas porque está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa: *obediência não por constrição, mas por convicção*. Podemos até dizer que tal dever é sentido não como uma obrigação heterônoma, mas como uma obrigação autônoma, porque a lei se transforma numa norma moral, por cuja observância respondo diante de mim, de minha consciência: portanto, há o *dever de consciência* de obedecer às leis.

Poder-se-ia objetar que essa concepção não é típica do positivismo ético, mas é comum à tradição da filosofia moral e jurídica, a começar

pelo pensamento escolástico, segundo o qual a obediência às leis (exceto aquelas *mere poenales*) se funda num dever de consciência e não numa simples constrição. Mas entre a concepção juspositivista e a tradicional há uma diferença radical, que se manifesta na última parte da fórmula por nós usada para definir o positivismo ético: "obediência às leis *enquanto tais*"; o pensamento tradicional, em lugar disto, afirma o dever de obedecer às leis *enquanto justas*, já que o requisito da justiça é parte integrante da definição do conceito de lei (uma lei injusta não é uma verdadeira lei, mas antes uma *corruptio legis*). Em lugar disto, na definição da lei dada pelo positivismo jurídico não está compreendido o requisito da justiça, mas somente o da validade. Ou, se se prefere (e tendo sempre presente que estamos falando das posições extremistas do juspositivismo), poderíamos dizer que este considera a lei justa pelo único fato de ser válida; como já dissemos (ver § 33), o jusnaturalismo e o juspositivismo extremista (isto é, o positivismo ético) identificam ambas as noções de validade e de justiça da lei; mas, enquanto o primeiro deduz a validade de uma lei da sua justiça, o segundo deduz a justiça de uma lei da sua validade.

Como se justifica a concepção da obediência absoluta à lei, própria do positivismo ético? Podemos tipificar quatro justificações diferentes, cada uma delas fundada numa concepção particular da justiça ou do Estado, das quais as primeiras três não são peculiares dos juspositivismo, mas têm uma longa tradição cultural.

1) *Concepção* cética, ou melhor, *realista da justiça*: a justiça é a expressão da vontade do mais forte, que procura o seu próprio proveito. Esta concepção nos faz remontar à filosofia sofista, mas não é exato atribuí-la a todos os sofistas em bloco (que em relação a este problema tinham posições diferentes): mais precisamente, esta posição é de Trasímaco, que, no livro I da *República* de Platão, intervém com impetuosidade polêmica na discussão com Sócrates.

Se identificamos a justiça com a vontade do mais forte, dado que a lei é por definição a expressão da vontade do soberano, isto é, do indivíduo (ou do grupo) mais poderoso na sociedade, somos obrigados a dizer que a lei é sempre justa. Porém, como observa Rousseau, que no início do seu *Contrato social* critica esta concepção, não podemos afirmar o dever absoluto ou de consciência de obedecer à lei: se esta é somente a expressão da vontade do mais forte, eu a obedeço somente porque não posso fazer diferentemente (isto é, não por convicção, mas

por constrição) e somente *enquanto* não possa fazer diferentemente (a saber, enquanto quem comanda seja efetivamente o mais forte).

2) *Concepção convencionalista da justiça:* a justiça é o que os homens concordaram em considerar justiça. Esta concepção, que já nasce não do *ceticismo*, mas do *relativismo ético,* encontra sua expressão mais típica no pensamento de Hobbes (que é impropriamente considerado por alguns como pertencente à corrente cética ou realista da qual falamos anteriormente). Segundo este autor não existe um critério objetivo para distinguir o justo do injusto e, então, se se prescinde das estatuições positivas, é justo tudo o que alguém faz segundo o próprio impulso ou o próprio interesse. Quando surge uma controvérsia entre dois indivíduos, o único modo de resolvê-la sem a força é nomear um árbitro e convencionar que se aceitará como justa a decisão dele, qualquer que seja. O ato com o qual os homens saem do estado de natureza consiste precisamente no acordo para atribuir a um único indivíduo (o soberano) o poder de estabelecer o que é justo e o que é injusto, sendo justo o que soberano comanda e injusto o que ele proíbe.

Relativamente a esta concepção, podemos falar de uma obrigação moral de obedecer às leis, pois estas encontram seu fundamento no pacto estipulado pelos consociados, pacto sobre o qual se funda todo o direito e que, se não for observado, fará desmoronar todo o direito (e com ele a paz, que é o bem supremo do homem). Visto que tal pacto vem antes da lei positiva, o dever de respeitá-lo não é de natureza externa, jurídica, mas de natureza interna, moral (neste sentido, Hobbes fala de uma *lei natural,* que impõe a observância do contrato social, entendendo por natural uma lei que obriga em consciência, isto é, aquela que hoje chamamos de lei moral). O dever de obedecer às leis encontra, todavia, um limite no caso em que elas se voltam contra o conteúdo do contrato social (visto que, exorbitando dos seus limites, não são mais leis). Para Hobbes tal caso se verifica quando o comando do soberano põe em perigo a vida do súdito, dado que é exatamente para garantir a segurança da vida que é estipulado o contrato social.

3) *Concepção sagrada da autoridade:* é a concepção segundo a qual o poder de mandar se funda num carisma, vale dizer sobre uma investidura sagrada, divina. Conforme o sociólogo Max Weber, três são os modos nos quais, nas várias sociedades, se justifica o fundamento do poder:

a) *fundamento racional do poder:* o poder nasce de uma valoração racional dos homens, que reconhecem como necessário atribuir a alguém o direito de comandar, para ser possível a existência da sociedade.

É esta a concepção na qual se inspiram as teorias contratualistas e que hoje se acha na base das sociedades democráticas;

b) *fundamento tradicional do poder:* o poder se funda na força do costume, da tradição histórica, obedecendo-se ao soberano porque pertence a uma dinastia que governa há muito tempo;

c) *fundamento carismático do poder:* o poder cabe a um homem que parece dotado de qualidades sobre-humanas, no qual o povo deposita (com base em valorações emotivas, irracionais) uma confiança absoluta e cega.

É precisamente este último o caso da concepção sagrada da autoridade. É evidente que, se se considera quem comanda como investido de um poder sobrenatural, tudo aquilo que ele ordena será sempre justo e deverá, portanto, ser obedecido, não pelo simples temor da sanção, mas pela convicção de que é um bem acatar as ordens do chefe.

4) *Concepção do Estado ético:* esta concepção, de que já falamos no item anterior, pode ser considerada (especialmente na interpretação dada a ela pela "direita hegeliana") como a transposição em termos racionais ou como a laicização da concepção sagrada da autoridade. Não por acaso o fascismo italiano (no qual o poder tinha um fundamento carismático) encontrou sua justificação ideológica no pensamento de Gentile, que, através de Spaventa, se liga à direita hegeliana. Segundo esta concepção, o Estado, que é a suprema manifestação de Deus na História, é portador de uma missão, ou seja, a de realizar a *eticidade*, que é uma manifestação do espírito superior não só para o *direito*, como também para a *moral*. Estando assim as coisas, agora fica evidente que as leis, como manifestação da vontade do Estado, possuem sempre um valor ético e exigem, portanto, a obediência incondicional dos súditos.

Enquanto as outras teorias da obediência absoluta às leis não têm um vínculo particular com o positivismo ético, tal vínculo existe com respeito à concepção hegeliana do Estado, que representa o fundamento histórico direto do aspecto ideológico do juspositivismo alemão.

60. A versão moderada do positivismo ético: a ordem como valor próprio do direito.

Um exame atento da realidade histórica demonstra que, na verdade, existem duas "versões" fundamentais (nitidamente distintas entre si)

do positivismo ético (aspecto ideológico do juspositivismo): a versão que podemos chamar de "extremista" ou "forte" e a que podemos chamar de "moderada" ou "fraca". A versão extremista é a que expusemos no item anterior, e é própria mais dos sustentadores, dos adversários do positivismo jurídico: é principalmente um alvo conveniente, uma "cabeça de turco" que os antipositivistas criaram para conduzir mais facilmente sua polêmica.

Também a versão moderada do positivismo ético afirma que o direito tem um valor enquanto tal, independentemente do seu conteúdo, mas não porque (como sustenta a versão extremista) seja sempre por si mesmo justo (ou com certeza o supremo valor ético) pelo simples fato de ser válido, mas porque é o meio necessário para realizar um certo valor, o da *ordem* (e a lei é a forma mais perfeita de direito, a que melhor realiza a ordem). Para o positivismo ético o direito, portanto, tem sempre um valor, mas, enquanto para sua versão extremista trata-se de um *valor final*, para a moderada trata-se de um *valor instrumental*.

Mesmo essa segunda versão não é uma teoria, mas uma ideologia, pois, embora considerando o direito como uma realidade técnica e não ética, prefere o direito à anarquia devido ao valor (a ordem) que o primeiro permite realizar. Esta preferência nasce de uma escolha, de uma atitude valorativa, e dá lugar a uma ideologia. É de se notar, por outro lado, que a relação entre direito e ordem não é concebida como uma relação puramente extrínseca, a ordem sendo antes concebida como o valor próprio e imanente ao direito. A ordem, de fato, é *o resultado da conformidade de um conjunto de acontecimentos a um sistema normativo:* isto pressupõe necessariamente um sistema normativo e consiste na sua realização, na conformação dos comportamentos às suas prescrições — em outras palavras: a ordem é o resultado da atuação de um sistema normativo. Esta estreita relação entre ordem e sistema normativo fica clara se examinamos algumas expressões como *ordem cósmica, ordem internacional, ordem social;* a ordem cósmica ou universo significa a conformidade dos eventos naturais a um sistema de leis (as leis naturais ou enunciadas pela ciência); a ordem internacional significa a conformidade dos atos dos Estados ao direito internacional; reivindicar a ordem social significa solicitar que as relações sociais se apliquem com respeito a algumas regras fundamentais comuns às várias classes e castas sociais. A concepção da ordem como fim próprio do direito explica a importância que o elemento da coação tem na doutrina juspositivista. Ele é o meio

necessário para se obter a conformidade da conduta humana ao direito, isto é, para obter a ordem (a ordem internacional é deficiente precisamente porque não pode ser imposto coativamente o respeito ao direito internacional; a ordem cósmica, por sua vez, existe sem a coação, porque as leis que estão em sua base são leis necessitantes, em cujos confrontos não existe, portanto, a possibilidade de fato da não-conformidade).

Poder-se-ia objetar que o fim próprio do direito não é a *ordem*, mas sim um fim superior: a *justiça*; ou, em outros termos, que o fim do direito não é uma ordem qualquer, mas a ordem justa. Pode-se, entretanto, responder que, no sentido tradicional, mais comum e mais amplo desse termo, a justiça nada mais é do que a *legalidade*, isto é, respeito e correspondência à lei e, portanto, ordem. *Ação justa* significa ação conforme à lei (e *homem justo* é aquele que adequa o próprio comportamento à lei, em contraposição ao *homem ético*, que é aquele que age com base numa livre escolha responsável). Essa concepção da justiça permanece válida também quando não se fala mais de *justiça da ação* (como conformidade à lei), mas de *justiça da própria lei:* lei justa é aquela em conformidade com uma lei superior (natural ou divina). Neste sentido, pode-se interpretar as duas máximas fundamentais da justiça enunciada pelos jurisconsultos romanos: *suum cuique tribuere* e *neminem laedere*. O *suum cuique* significa atribuir a cada um o que lhe cabe segundo uma certo sistema normativo, isto é, instaurar a ordem; o *neminem laedere* significa não superar os limites postos à conduta humana pelo sistema normativo, não invadir a esfera que este reserva aos outros, e portanto não destruir a ordem constituída pelo direito. *Instaurar a ordem* e *não destruir a ordem,* eis o significado desses dois princípios. A afirmação segundo a qual a função própria do direito é garantir a ordem não é portanto aberrante em relação àquela que considera a justiça como o fim próprio do direito, porque, ao menos com base numa certa concepção, a justiça se identifica com a ordem.

O positivismo ético moderado não se limita a considerar o direito como meio necessário para realizar a ordem, mas sustenta que a lei seja a forma mais perfeita de direito. Isto depende do reconhecimento de que a lei é um comando jurídico, que possui características peculiares que faltam às normas jurídicas produzidas pelas outras fontes. Esses requisitos são a *generalidade* e a *abstração*.

a) *Generalidade da lei:* a lei é geral no sentido de que disciplina o comportamento não de uma única pessoa, mas de uma classe de pessoas.

Deste modo, a lei realiza um outro aspecto ou concepção da justiça: a *igualdade formal*, que consiste em tratar de modo igual as pessoas que pertencem à mesma categoria.

b) *Abstração da lei:* a lei é abstrata no sentido de que comanda não uma ação singular, mas uma categoria de ações. De tal modo ela realiza uma exigência de fundamental importância para que a ordem possa ser conservada: a *certeza jurídica*, que consiste na possibilidade de cada pessoa poder, no âmbito de um sistema normativo, prever as conseqüências do próprio comportamento.

Como vimos na Parte histórica, o positivismo jurídico conduziu uma áspera polêmica contra as fontes do direito diferentes da lei (especialmente contra o direito judiciário), pois sustentava que essas fontes não garantiam esses dois requisitos do direito, igualdade formal e certeza. Cumpre notar que mesmo esta preferência pela lei não nasce de uma atitude teórica, mas ideológica, visto que a lei (como o direito em geral, cf. § 48) não é necessariamente nem geral nem abstrata, mas pode conter um *comando individual e concreto*. Falando da lei como norma geral e abstrata, o juspositivismo não descreve a lei como é, mas *prescreve* como esta deveria ser para corresponder às próprias concepções ético-políticas.

Concluindo: a versão moderada do positivismo ético difere da extremista porque, à diferença desta última, não diz que o direito é um bem em si, e antes o valor supremo, pelo que necessita-se sempre a ele obedecer, mas diz somente que o direito é um meio (em termos kelsenianos, uma técnica de organização social) que serve para realizar um determinado bem, a ordem da sociedade, com a conseqüência de que, se desejamos tal bem, devemos obedecer ao direito. Porém, a versão moderada não diz que a ordem seja o valor supremo; se, num determinado momento histórico, um certo valor parece superior à ordem existente e com ela contrastante, pode-se então romper a ordem (mediante um movimento revolucionário) para realizar tal valor. Notamos todavia que, segundo a experiência histórica, as revoluções começam por destruir a ordem (uma certa ordem: a existente) e acabam por instaurar a ordem (uma nova ordem, inspirada na ideologia própria da revolução); aqueles que eram, primeiramente, adversários do direito tornam-se os seus valentes defensores.

CONCLUSÃO GERAL

61. Os três aspectos fundamentais do positivismo jurídico: nossa avaliação

Este curso, ainda que de caráter monográfico, ofereceu-nos a oportunidade de estudar (na Parte I) a formação histórica de algumas idéias fundamentais sobre o direito que dominaram o mundo jurídico do século passado, e de abordar (na Parte II) os pontos-chave da teoria e da filosofia do direito. A escolha do assunto foi ditada pelo desejo de fazer o balanço de um movimento, o positivismo jurídico, que dominou durante um século a cultura jurídica: balanço que parece oportuno e, podemos dizer, um dever da parte de quem — como nós — pertence a uma geração que foi educada no positivismo jurídico e habituada a considerá-lo como a *filosofia dos juristas* (no sentido de que torna explícitas as concepções adotadas implicitamente e, talvez, inconscientemente por todos aqueles que praticam o direito). Este balanço parece necessário, ademais, para poder avaliar as críticas a que o positivismo jurídico foi submetido. Como já dissemos no fim do § 58, enquanto, até o início deste século, foi criticado nos seus aspectos teóricos por parte do realismo jurídico, nestes últimos quinze anos foi criticado por parte do jusnaturalismo em seus aspectos ideológicos, tendo sido considerado responsável pela concepção estatolátrica, pelo princípio de obediência incondicional à lei do Estado e pelas nefastas conseqüências que isso produziu nos regimes totalitários.

Ora, sustentamos que para poder fazer um balanço do positivismo jurídico, para poder estabelecer aquilo que dele deve ser conservado e o que deve ser abandonado ou, como se diz habitualmente quanto às doutrinas, verificar o que está vivo e o que está morto, é necessário não considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentalmente diferentes. Como já indicamos (ver § 32), os sete pontos pelos quais se pode explicar o pensamento juspositivista não estão todos no mesmo plano, mas se distribuem em três planos diversos. Enquanto os pontos tratados nos capítulos II a VI da Parte II dizem respeito à teoria do direito, os pontos tratados nos capítulos I e VII não dizem respeito à teoria, mas o último ponto à

ideologia do direito e o primeiro ponto ao modo de estudar o direito (como fato, não como valor). Podemos, portanto, distinguir três aspectos do positivismo jurídico, conforme se configura:

a) como *método* para o estudo do direito;

b) como *teoria* do direito;

c) como *ideologia* do direito.

Estas três distinções são importantes porque a primeira acepção do positivismo jurídico não implica na segunda, a primeira e a segunda não implicam na terceira. Com efeito, a assunção do método positivista não implica também na assunção da teoria juspositivista. A relação de conexão entre o primeiro e a segunda é uma relação puramente histórica, não lógica, pois os primeiros estudiosos que aplicaram o método positivista viveram num contexto histórico-social (a Europa continental do século passado) no qual o direito era produzido exclusivamente pelo Estado, e com base em tal dado elaboraram a teoria juspositivista. Em outros ambientes, ao contrário (como no mundo anglo-saxônico), a vida jurídica apresenta caracteres diferentes (criação do direito por parte do juiz etc.) e, portanto, a aplicação do método positivista conduz a resultados teóricos diversos: o contraste entre teoria juspositivista e teoria realista do direito não se funda numa *diversidade de método,* mas na aplicação do mesmo método — o positivista — a *realidades jurídicas diferentes.*

Do mesmo modo, a assunção do método e da teoria juspositivista não implica a assunção da ideologia do positivismo ético. Isto é demonstrável seja no plano lógico, visto que nunca é possível extrair de um fato um juízo de valor deste, seja no plano histórico, pois a teoria juspositivista parece geralmente ligada a *concepções éticas relativistas* bem distantes da concepção do Estado ético e das outras concepções éticas que comportam o princípio da absoluta obediência à lei. Isso pode ser encontrado claramente em Kelsen, que, longe de afirmar o absolutismo ético do direito do Estado, nega-lhe diretamente a supremacia jurídica, sustentando a superioridade do direito internacional em relação ao do Estado (com base numa ideologia pacifista, contraposta à imperialista).

A afirmação de que a aceitação do método positivista não comporta a aceitação da teoria juspositivista e que a aceitação do método e da teoria juspositivistas não comporta a aceitação da ideologia juspositivista não é entretanto reversível, pois, ao contrário, a ideologia juspositivista pressupõe a teoria juspositivista e esta última pressupõe o método positivista.

A distinção desses três aspectos encontra a sua aplicação na crítica ao positivismo jurídico. Não se pode conduzir uma crítica genericamente antipositivista, mas é necessário distinguir os vários autores, de acordo com o aspecto ou aspectos do juspositivismo por eles adotado. Dependendo do aspecto do positivismo jurídico que é submetido a crítica, esta será, de fato, de natureza diferente.

a) Se se toma para exame o *método* positivista, a crítica se funda num *juízo de conveniência.* De fato, o método não é senão um meio para atingir um determinado fim e, portanto, se trata de avaliar se tal meio é idôneo para atingir o fim em questão, a saber, avaliar precisamente a conveniência do próprio meio.

b) Se se toma para exame a *teoria* juspositivista, a crítica se baseia num *juízo de verdade* ou de falsidade, visto que a teoria quer descrever a realidade e a sua avaliação consiste em verificar se há correspondência entre teoria e realidade.

c) Se se toma para exame a *ideologia* juspositivista, a crítica se funda num *juízo de valor*, pois a ideologia não descreve a realidade, mas procura influir nesta e, portanto, da ideologia não se pode dizer que é verdadeira ou falsa, mas se deve dizer se é boa ou má (justa ou injusta etc.); e o modo mais eficaz de criticar uma ideologia consiste em demonstrar que ela dá lugar a uma realidade contrária aos valores comumente aceitos.

Isto posto, apresentamos nosso pensamento pessoal sobre três aspectos do positivismo jurídico (nesta exposição, inverteremos a ordem anterior, começando pela ideologia e terminando pelo método).

1) *O positivismo jurídico como ideologia.*

Como dissemos no início do parágrafo anterior, é necessário distinguir a versão forte ou extremista da versão fraca ou moderada do positivismo ético. A maior parte das críticas feitas pelos antipositivistas vale somente pela versão extremista e não pela moderada.

a) Com referência ao *positivismo ético extremista,* deve-se observar: em primeiro lugar, muito raramente este foi sustentado coerentemente até suas extremas conseqüências pelos filósofos (mesmo na concepção convencionalista da justiça de Hobbes — como vimos no § 59 — põe-se um limite ao dever absoluto da obediência às leis, limite representado pelo respeito ao contrato social). Em segundo lugar, na história não se encontra um acordo permanente entre positivismo jurídico e positivismo

ético extremista (salvo o caso de alguns juspositivistas alemães da segunda metade do século XIX, que adotaram a concepção hegeliana do Estado; mas é errôneo afirmar, como às vezes se faz, que tal concepção seja reencontrada em Jhering): o filão ítalo-francês e o anglo-saxônico do positivismo jurídico são totalmente independentes dessa concepção ética.

b) Com referência ao *positivismo ético moderado* é, ao contrário, historicamente correto dizer que é estreitamente conexo com o positivismo jurídico, mas neste caso são injustificadas as críticas que da extremidade jusnaturalista foram a ele dirigidas, pois a versão moderada da ideologia juspositivista não leva em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político. Pelo contrário, estas acusações podem ser invertidas, visto que considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal e não do Estado totalitário ou, de qualquer maneira, tirânico. Estes valores foram reivindicados pelo movimento iluminista contra o Estado autoritário do *Ancien Régime*, e foram realizados pelo Estado liberal-democrático do século XIX. A ideologia jurídica do nazismo era, por outro lado, nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz devia decidir com base no interesse político do Estado (em particular, em oposição ao princípio *nullum crimen, nullum poena sine lege*, a ideologia nazista sustentava que deveriam ser considerados como delitos todos os atos contrários ao "são sentimento popular" — *gesundes Volksempfinden* — mesmo se não previstos como crimes pela lei). Acrescente-se que, especialmente na Itália, o *princípio de legalidade* — segundo o qual o direito deve fundar-se na lei, isto é, em normas gerais abstratas e não em comandos individuais, princípio que já o pensamento grego considerava como próprio da democracia, definida exatamente como governo de leis em contraposição ao governo de homens — é reivindicado pelos juspositivistas (por exemplo, por Calamandrei) não para sustentar o fascismo, mas para opor um obstáculo às suas arbitrariedades. Dizer que a lei deve ser obedecida significava, sob o regime passado, defender a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político, que não respeitava a lei (já que o dever de obedecer à lei diz respeito não só aos cidadãos, mas também aos órgãos do Estado).

2) *O positivismo jurídico como teoria.*

Vimos que esta teoria baseia-se em cinco concepções fundamentais (ou melhor, em seis, pois a concepção do ordenamento jurídico compreende os dois princípios da coerência e da completitude do direito). Todas essas seis concepções foram submetidas à crítica, com a formulação de outro tanto de antiteorias; portanto, foram negadas:

a) — a teoria coativa do direito;
— a teoria legislativa do direito;
— a teoria imperativa do direito;

b) — a teoria da coerência do ordenamento jurídico
— a teoria da completitude do ordenamento jurídico;
— a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito.

Ora, sustentamos que as críticas às primeiras três teorias não são consistentes e, de qualquer maneira, tais teorias permanecem intactas na sua essência, mesmo depois que se deu conta das objeções a elas dirigidas. A crítica às últimas três teorias é, pelo contrário, fundada. De fato: a) um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade); b) um ordenamento jurídico não é necessariamente completo, porque a completitude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos — excluído o direito penal — não existe; c) a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar.

As três primeiras e as três últimas concepções não têm, entretanto, a mesma importância no sistema da teoria juspositivista: as três primeiras, na verdade, constituem as pilastras de tal teoria, enquanto as três últimas têm uma importância somente secundária. Podemos assim falar de uma *teoria juspositivista em sentido estrito* e de uma *teoria juspositivista em sentido amplo*, em conformidade com as quais se reúnem integralmente todas essas seis concepções, se não se reúnem apenas as primeiras três.

3) *O positivismo jurídico como método.*

Sobre este ponto não há distinções a serem feitas e o discurso é muito breve. Como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.

Concluindo: dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado.

APÊNDICE

A hipótese formulada no § 2 — de que ulteriores investigações teriam podido verificar o uso do termo "jus positivum" num momento anterior àquele fixado por Kuttner, segundo o qual tal termo é usado pela primeira vez por Abelardo — encontra confirmação no volume (obtido depois que as primeiras partes deste curso já estavam a caminho da impressão) de Sten GAGNER: *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Uppsala, 1960). Na p. 213 deste trabalho é citada uma passagem de um escrito de Damian VAN DEN EYNDE: "The Terms ius positivum and signum positivum in Twelfth-Century Scholasticism" (Os termos "ius positivum" e "signum positivum" na escolástica do século XII, em *Franciscan Studies*, (9), 1949, p. 41 e ss.), no qual se diz:

"Se Abelardo é o primeiro autor conhecido a empregar o termo *ius positivum,* Hugo de São Vitor o precedeu todavia em muitos anos com o uso da forma pouco diferente *iustitia positiva.* No seu *Didascalion,* I.III, c. 2, composto por volta de 1130, ele escreve: *Ethicae inventor Socrates fuit, de qua XXIV libros secundum positivam iustitiam tradidit. Deinde Plato discipulus eius libros multos de republica secundum utramque iustitiam, naturalem scilicet et positivam conscripsit.* Em I. VI, c. 5 ele escreve analogamente: *In illa enim (tropologia) naturalis iustitia est, ex qua disciplina morum nostrorum, id est, iustitia positiva nascitur.* Essas duas passagens, especialmente a primeira, são importantes em mais de um aspecto. Em primeiro lugar, precedem em mais de uma dúzia de anos o primeiro emprego conhecido do termo 'direito positivo'. Em segundo lugar oferecem uma sólida confirmação à sugestão de S. Kuttner sobre a origem do termo. Na verdade, as palavras *Plato . . . multos libros . . . secundum utramque iustitiam, naturalem scilicet et positivam, conscripsit* denunciam uma dependência do comentário de Calcídio, que era (. . .) a única obra mediante a qual os primeiros escolásticos entraram em contato direto com os escritos de Platão. Hugo fez amplo uso de tal Comentário em muitos de seus tratados e sobretudo no seu *Didascalion.*"